Alternative Feststellungen im Strafprozess

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Universität Tübingen

vorgelegt von

Manfred von Wickede

aus Magdeburg

Gerichtsreferendar in Berlin NW 40,
Alt Moabit 110

Genehmigt am 1. Juli 1932

Dissertationsdruckerei und -Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

Referent:

Professor Dr. A. Schoetensack.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
§ 1. Abgrenzung des Themas	1
§ 2. Sach- und Streitstand	1—10
A. Die Frage der alternativen Feststellungen ist de lege lata ein Auslegungsproblem (§ 270 des Entwurf einer Strafprozeßordnung)	1—2
B. Das Reichsgericht und die herrschende Lehre halten eine Einschränkung der alternativen Feststellungen für geboten	2—4
a) in enger Auslegung des § 267 StPO.	4
b) wegen des Satzes in dubio pro reo	5—6
C. Eine Minderheit von Schriftstellern begründet eine erweiterte Zulassung der alternativen Feststellungen	
a) mit der Tatsache eines dringenden praktischen Bedürfnisses	6
b) mit einer weiteren Auslegung des § 267 StPO.	6—8
c) mit einer anderen Deutung des Satzes in dubio pro reo	8
d) und gelangt dabei zu verschiedenen Abgrenzungen	9—10
§ 3. Eigene Stellungnahme	10—29
A. Interpretatorische Erwägungen	10—17
a) Die Auslegungsmöglichkeiten im Rahmen des § 267 StPO.	11—12
b) Untersuchung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung im Hinblick auf die Bildung eines Gewohnheitsrechts	12—17
B. Dogmatische Erwägungen	17—25
a) Die Rücksicht auf den Schutz des Bürgers durch eine enge Bindung des Richters an den unabänderlichen Befehl des Gesetzes (alter liberal-rechtsstaatlicher Standpunkt)	17—18
b) Die Rücksicht auf die energische Durchsetzung der Rechtsordnung gegen alle unzweifelhaft Strafwürdigen mittels freierer Handhabung des Gesetzes durch den Richter (moderner fürsorgestaatlicher Standpunkt)	18—25
C. Praktische Erwägungen	25—29
Bedenken gegen die unbegrenzte Zulassung alternativer Feststellungen	25

Seite

a) wegen der Straffestsetzung im Urteil . . . . 25—26
b) wegen der eingeschränkten Möglichkeit von Rückfallstrafen 26
c) wegen der Zuständigkeitsbestimmungen . . . 26—27
d) wegen der Verbrechenskategorien des materiellen Strafrechts . . . . . 27—28
e) wegen der Verschiedenartigkeit des verletzten Rechtsguts 28
f) wegen des Begriffs der Einheit des historischen Ereignisses . . . . . 28—29

§ 4. Ergebnis der Untersuchung 29

§ 1. Abgrenzung des Themas.

Alternative Feststellungen im Strafprozeß sind solche, bei denen die Tatsachen, aus denen die Strafbarkeit des Angeklagten folgen soll, in den Urteilsgründen nicht eindeutig — d. h. auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand zutreffend —, sondern derart mehrdeutig angegeben werden, daß bei der einen Annahme der Sachverhalt diesem gesetzlichen Tatbestand, bei der anderen jenem gesetzlichen Tatbestande entspricht.

Wesentlich ist dabei, daß die fraglichen gesetzlichen Tatbestände in einem Ausschließungsverhältnis, in einem Verhältnis des Entweder-Oder zueinander stehen[1]). Daher scheiden für eine alternative Feststellung die Fälle aus, in denen einzelne Tatsachen sich derart gegenüberstehen, daß die Annahme der einen nichts weiter als eine schwere, mit strengerer Strafe bedrohte Form derselben Verbrechensart begründet. Wenn ein solches Verhältnis des Mehr oder Weniger vorliegt, dann findet keine alternative Feststellung des Mehr oder Weniger, sondern eine eindeutige Feststellung des Weniger statt.

Die Frage der alternativen Feststellungen im Strafprozeß läßt sich daher exakt dahin formulieren:

Kann der Richter verurteilen auf Grund der alternativen Feststellung im Strafurteil, daß der Angeklagte zwar sicherlich einen von mehreren sich ausschließenden gesetzlichen Tatbeständen, unbestimmt aber welchen von ihnen verwirklicht hat?

§ 2. Sach- und Streitstand.

A. Die Frage, ob alternative Feststellungen zulässig sind, ist nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Trotzdem ist sie nicht nur im Strafprozeß, sondern auch im bürgerlichen Rechtsstreit von erheblicher Bedeudung[2]). Nur soviel kann man sagen, daß der Gesetzgeber die Zulässigkeit alternativer Feststellungen für den Strafprozeß nicht hat ausschließen wollen. Denn in den Motiven zu § 250 des Entwurfs einer Strafprozeßordnung (früher § 292 StPO.) heißt es[3]), daß der Entwurf deshalb keine ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit alternativer Feststellungen getroffen habe, weil die Streitfrage in der Wissenschaft noch nicht zu einem endgültigen Abschlusse gelangt sei, und man sich dort noch nicht auf ein festes Prinzip habe einigen können. Der Entwurf habe sich deshalb bestrebt, dem § 250 eine Fassung zu geben, durch die die Zulässigkeit alternativer Feststellungen nicht ausgeschlossen werde.

Der Gesetzgeber hat also, da er sich selbst dazu außerstande sah, ein

[1]) Honig, S. 99/100.
[2]) Vgl. Zeiler, Zeitschr. f. Ziv. Prozeß, Bd. 48, S. 509 ff.
[3]) Hahn, Materialien zur RStPO., Bd. 3 Abt. 1, S. 223.

einheitliches Prinzip für die Zulässigkeit alternativer Feststellungen aufzustellen, selbst keine Stellung dazu genommen, und die Entscheidung dem Schrifttum und der Rechtsprechung überlassen.

Es handelt sich demnach bei der Frage der Zulässigkeit alternativer Feststellungen für das künftige Strafrecht um ein gesetzgeberisches Problem, bei dem es die Entscheidung zu treffen gilt, die der Gesetzgeber offen ließ.

De lege lata wird sich ein Prinzip für unsere Frage, da das Gesetz sie positiv nicht geregelt hat, nur durch eine Interpretation der Gesetzesstellen gewinnen lassen, durch die im Hinblick auf unsere Frage der Rechtsanwendung möglicherweise gewisse Grenzen gezogen sind. Für eine solche Interpretation kommt heute im Prozeßrecht nur noch die Vorschrift des § 267 StPO. in Frage. Denn mit der Beseitigung der schwurgerichtlichen Fragestellung durch die Novelle vom 4. Januar 1924 sind die Bedenken, die gegen eine allgemeine Zulässigkeit alternativer Feststellungen aus den §§ 292, 293 StPO. a. F. abgeleitet wurden, weggefallen[4]).

B. Das Reichsgericht und die herrschende Lehre sind der Ansicht, daß § 267 StPO. in der Tat einer uneingeschränkten Zulassung alternativer Feststellungen im Wege stehe. Diese Auffassung hat das Reichsgericht[5]) in ständiger Rechtsprechung vertreten, indem es sich dabei im wesentlichen von Erwägungen leiten ließ, die in kurzer und knapper Form sehr klar in folgenden Ausführungen zusammengefaßt sind[6]):

Jede Verurteilung setze die Verletzung eines bestimmten Strafgesetzes voraus, da nur diejenige konkrete Tat Gegenstand einer Bestrafung werden könne, die alle Merkmale einer vom Gesetz mit Strafe bedrohten Handlung trage. Demgemäß erfordere § 267 StPO. in den Urteilsgründen die Angabe der Tatsachen, in welchen die gesetzlichen Merkmale der dem Angeklagten zur Last gelegten Handlung gefunden werden, und die Bezeichnung des bestimmten zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes. Denn es solle darüber, welches Strafgesetz der Entscheidung zugrunde gelegt, und daß alle Merkmale des in diesem Strafgesetz bedrohten Delikts bewiesen worden, kein Zweifel bestehen. Zwar schließe § 267 StPO. die Zulässigkeit alternativer Feststellungen nicht völlig aus. Jedoch sei eine Begrenzung nach zwei Seiten hin am Platze:

Einmal dürfe es sich lediglich um verschiedene Ausführungsarten ein und desselben Delikts handeln, die einen verschiedenen Tatbestand nicht bedingen, und sodann müsse das Gesetz selbst diese mehreren Ausführungsarten als gleichwertig nebeneinander stellen[7]). Dieser strengen,

---

[4]) Die Rechtsprechung und das Schrifttum zu diesen Bestimmungen konnten jedoch — wie unten S. 15 geschehen — verwertet werden, da nach allgemeiner Ansicht die Erwägungen hinsichtlich der Zulässigkeit alternativer Feststellungen im Strafurteil und der Zulässigkeit alternativer Fragestellungen an die Geschworenen die gleichen sind.

[5]) Reichsgericht wird im folgenden mit der Abkürzung „RG." bezeichnet.

[6]) Die Frage, ob die ursprünglich engere, heute erweiterte Rechtsprechung des RG. auf Grund des § 136 GVG. ein Gewohnheitsrecht gebildet hat, braucht hier nicht erörtert zu werden; sie findet unten unter III A b eingehende Berücksichtigung.

[7]) So RGStr. Bd. 23, S. 47.

an den Wortlaut des § 267 StPO. geknüpften Auslegung gemäß sagt das RG. an anderer Stelle im wesentlichen gleichbedeutend, nur theoretischer formuliert: Das Prinzip lasse für alternative Feststellungen insofern Raum, als es sich

1. um unwesentliche Modalitäten (Zeit, Raum, Werkzeug usw. der Verübung handle,

2. um gleichwertige Modalitäten des gesetzlichen Tatbestandes desselben individuell bestimmten Reates [8]).

Das RG. erachtet demnach eine alternative Feststellung in den Urteilsgründen dem § 267 StPO. gegenüber nur insoweit für statthaft, als folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Einmal, daß es sich in tatsächlicher Hinsicht um einen einheitlichen historischen Vorgang handelt, und in rechtlicher Hinsicht, daß nicht mehrere selbständige gesetzliche Tatb e stände, sondern nur unselbständige Tat u m stände desselben gesetzlichen Tatbestandes in Frage stehen [9]). M. a. W.: Die Einheit der äußeren Tat und die Identität des gesetzlichen Tatbestandes müssen gewahrt bleiben, um alternative Feststellungen treffen zu können [10]). Die gleichen Einschränkungen hinsichtlich der Zulässigkeit alternativer Feststellungen macht im wesentlichen die herrschende Meinung im Schrifttum [11]).

Sie unterscheidet — ebenso wie das RG. — Zweifel hinsichtlich der zu subsumierenden tatsächlichen Begebenheit (des Sachverhalts) und solche hinsichtlich des anzuwendenden Tatbestandes.

Die Alternativität konkreter Tatumstände des Einzelfalls, die sich unter einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand eindeutig subsumieren lassen, sei zulässig, denn die näheren Angaben über die Art und Weise der Ausführung der Tat vermöchten an ihrer Identität in der Regel nichts zu ändern [12]).

Dagegen sei die alternative Feststellung mehrerer historischer Fakta abzulehnen; denn Gegenstand des Urteils sei immer nur die Frage, ob ein bestimmter Mensch sich durch seine Beteiligung an einem bestimmten Vorfall einer strafbaren Handlung schuldig gemacht habe, und welchen strafrechtlichen Charakter dieselbe trage. Das sei stillschweigende Voraussetzung aller einschlägigen Bestimmungen der Strafprozeßordnung [13]).

Hinsichtlich des gesetzlichen Tatbestandes sei eine alternative Feststellung insoweit zulässig, als das Gesetz in einem Paragraphen verwandte und ineinander übergehende Begriffe gebrauchte und mehrere

---

[8]) RGStr. Bd. 26, S. 157.

[9]) Übereinstimmend mit dieser Formulierung Oetker S. 278 ff.

[10]) So RGStr. Bd. 36, S. 16; Bd. 37, S. 216; Recht 1920 Nr. 1821.

[11]) Unter den Älteren vor allem v. Bar, Recht und Beweis, S. 204, GA. Bd. 15, S. 574. Sodann Bennecke-Beling, S. 290 ff.; v. Kries, S. 591; Rosenfeld, S. 134; Ullmann, S. 509 ff.; v. Tippelskirch, S. 506; Kroschel, S. 83 ff.; Hugo Meyer, S. 179 ff.; Beling, S. 174; Feisenberger zu § 267 StPO. Anm. 2; Gerland, S. 381; Lucas, S. 280; Graf zu Dohna, S. 179; Sieskind, DJZ. 1913, S. 268; Ostern, S. 43 ff., 78 ff.

[12]) So Ostern, S. 55 und das dort zit. Schrifttum, vgl. auch Kroschel, S. 83.

[13]) Ostern, S. 60 und die dort Zitierten.

Tatbestände ersichtlich als gleichwertig zusammenfasse[14]). Unstatthaft sei sie hingegen zwischen mehreren selbständigen gesetzlichen Tatbeständen[15]), es sei denn, daß es sich um ganz gleichwertige Tatbestände handle; dann, wenn die Einheit des Tatbestandes sich über verschiedene Paragraphen erstrecke, sei ausnahmsweise eine alternative Feststellung verschiedener Strafgesetze zulässig[16]).

Zu diesen Ergebnissen gelangt die herrschende Meinung im Schrifttum — in Übereinstimmung mit dem RG. — einmal durch eine enge Auslegung des § 267 StPO. und sodann auf Grund des Satzes: in dubio pro reo.

a) § 267 Abs. 3 StPO.[17]) verlange, daß die Urteilsgründe das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichneten. Unter „Strafgesetz" sei aber nach allgemeiner Ansicht nur die Gesetzesstelle, der Paragraph, zu verstehen, der den Verbrechensbegriff und die Strafe enthalte. § 267 Abs. 3 habe an eine alternative Angabe der anzuwendenden Gesetzesstellen nicht gedacht, und sie sei daher auch nicht möglich. Ein Urteil, das zwei Strafgesetze alternativ angebe, würde daher das Erfordernis des § 267 Abs. 3: Die Angabe eines bestimmten zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes nicht erfüllen. Denn von den beiden angegebenen Gesetzen könne doch nur eins zur Anwendung gebracht sein, und welches von ihnen, bleibe eben unklar.

Auch § 267 Abs. 1 nötige zu einer gleichen Auffassung. Wenn er bestimme, die Urteilsgründe hätten die für erwiesen erachteten Tatsachen anzugeben, in denen die gesetzlichen Merkmale „der strafbaren Handlung" gefunden würden, so könne mit den Worten die „strafbare Handlung" (Singular) nur ein eindeutig bestimmter gesetzlicher Tatbestand gemeint sein[18]). § 267 trage dem Umstande Rechnung, daß nach geltendem Recht ein Verbrechen nicht jede sozial gefährliche Handlung schlechthin sei, sondern nur eine rechtswidrige schuldhafte Handlung, die vom Gesetz mit Strafe bedroht sei. Eine Strafe könne der Staat daher nur dann verhängen, wenn und soweit ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand einwandfrei als verwirklicht festgestellt sei. § 267 solle eine Garantie für die Sicherheit und Gewißheit der Feststellung bieten, indem er möglichst strenge Anforderungen an die Bestimmtheit der Feststellungen stelle, um ungerechte Verurteilungen zu vermeiden[19]).

---

[14]) Kroschel, S. 84; Ostern: betr. Kollektivbegriff, S. 85 ff., betr. der Generalklausel, S. 89 ff., betr. gleichwertige Ausführungsarten desselben gesetzlichen Tatbestandes S. 95; v. Kries, S. 591, behauptet, eine besondere Kategorie von Tatbestandsmerkmalen, die deshalb alternativ feststellbar seien, weil der Gesetzgeber sich die Schwierigkeit genauerer Beweisführung vergegenwärtigt habe; nach Wertheimer, S. 3 ff. soll eine alternative Feststellung bei alternativen Mischgesetzen zulässig sein, bei kumulativen dagegen nicht.

[15]) u. a. Ostern, S. 78.

[16]) Ostern, S. 83; Kroschel, S. 85.

[17]) Im folgenden sind beim Mangel einer ausdrücklichen Bezeichnung stets die Bestimmungen der StPO. gemeint.

[18]) So Ostern, S. 78.

[19]) Ostern, S. 61.

b) Eine alternative Feststellung verschiedener Tatbestände sei auch wegen des Satzes: in dubio pro reo für unstatthaft zu halten. Da die Feststellung der Begehung einer strafbaren Handlung Voraussetzung der Begehung einer Strafe sei, so habe der Richter die materielle Wahrheit von Amtswegen zu erforschen[20]). Wenn er zur Verurteilung schreite, müsse er von der Schuld des Angeklagten voll überzeugt sein. Belaste zwar das Ergebnis der Beweisaufnahme den Angeklagten mehr oder minder stark, könne ihm jedoch der Staatsanwalt seine Schuld nicht im Hinblick auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand nachweisen, so dürfe in einem solchen Falle des „non liquet" eine Verurteilung nicht erfolgen. Der Nichtbeweis der Strafbarkeit stehe insofern dem Beweis der Nichtstrafbarkeit gleich[21]). Die bloße Möglichkeit, daß der Angeklagte schuldig sei, also ohne daß das Gericht sich eine feste Überzeugung von seiner Schuld habe bilden können, reiche nach heutiger Rechtsauffassung, die den Staatsgedanken gegenüber dem Schutz des Bürgers in den Hintergrund stelle, zu einer Verurteilung nicht aus. Hier greife eben nicht das Prinzip einer alternativen Feststellung verschiedener gesetzlicher Tatbestände, sondern der Satz: in dubio pro reo Platz; das Gericht habe auf Freisprechung zu erkennen.

Die herrschende Lehre sieht sich demnach in enger Anlehnung an den Formalsinn des § 267 StPO., nach dem die Angabe der Tatsachen verlangt wird, in denen die Merkmale „eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes" gefunden werden, sowie wegen des Satzes: in dubio pro reo genötigt, die alternative Feststellung auf solche Fälle zu beschränken, in denen durch die Alternativität die Einheit des Tatbestandes und damit die Strafbarkeit der Tat nicht beeinträchtigt werden. Sie erkennt an, daß das Problem der alternativen Feststellung an sich ein prozessuales sei[22]), daß sich seine Beantwortung aber in weitem Umfange aus den Vorschriften des materiellen Strafrechts ergebe. Die Richtschnur des § 267 StPO. sei maßgebend, man müsse das materielle Strafrecht in jedem Falle daraufhin untersuchen, ob es sich nur um einen einheitlichen Tatbestand und gleichwertige Modalitäten desselben handle oder um mehrere selbständige gesetzliche Tatbestände.

Dieser letzte Gesichtspunkt hat einigen Schriftstellern Anlaß gegeben, die Frage der alternativen Feststellungen vornehmlich für eine solche des materiellen Strafrechts zu erklären[23]). Von anderer Seite dagegen wird sie lediglich für eine solche des Prozeßrechts erklärt; eine alternative Feststellung sei überall da unstatthaft, wo gemäß § 265 StPO. ein Hinweis des Angeklagten auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts erforderlich sei[24]).

Im übrigen halten auch diese Schriftsteller an der oben genannten

---

[20]) Gerland § 56, S. 168.
[21]) Beling § 52 IV, S. 239.
[22]) u. a. Östern, S. 61.
[23]) z. B. von Kries, S. 590; Rosenfeld, § 42 VI S. 135; Wertheimer, S. 5.
[24]) Kroschel, S. 85; seine Ansicht wird vom RG. (StR. Bd. 36, S. 19; JW. 1930, S. 2567 mit Anm. von Köhler) und von Östern, S. 99 mit Recht wegen der Verschiedenheit der Zwecke die § 265 StPO. und die alternative Feststellung verfolgen, abgelehnt.

Einschränkung fest, daß alternative Feststellungen insoweit nicht zuzulassen seien, als mehrere gesetzliche Tatbestände und mehrere historische Ereignisse in Frage ständen.

C. Ein weiterer Standpunkt in der Frage der Zulässigkeit alternativer Feststellungen wird im Schrifttum vertreten [25]).

a) Man begründet die Forderung einer erweiterten Zulassung mit dem Hinweis auf die unbefriedigenden Ergebnisse der praktischen Handhabung der Frage durch die Gerichte. In Fällen, wo zweifelhaft bleibe, ob Diebstahl oder Hehlerei, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit, Mittäterschaft oder Beihilfe vorliege, hätte eigentlich, da ein Beweis für eine der beiden Arten der Begehung der Tat nicht erbracht sei, Freisprechung zu erfolgen. Eine solche entspreche aber wiederum nicht den wirklichen Bedürfnissen der Rechtspflege. Diesem Übelstand suchten die Gerichte dadurch abzuhelfen, daß sie den Tatbestand, der unter das geringere Strafgesetz falle, für erwiesen erachteten. In Wahrheit seien sie dabei von dem Vorliegen des milderen gesetzlichen Tatbestandes gar nicht überzeugt, sondern sie begnügten sich lediglich mit der Fiktion, daß der Tatbestand des unter das mildere Strafgesetz fallenden Delikts erwiesen sei [26]). Die Richter trügen eine Überzeugung zur Schau, die ihrer inneren Einstellung zur Tat gar nicht entspräche. Eine keineswegs sichere, aber immerhin doch recht wahrscheinliche „Annahme" werde zur sicheren Feststellung gestempelt, um überhaupt eine Verurteilung zu erzielen [27]). Diese künstliche Herbeiführung einer nach außen hin eindeutigen Feststellung laufe, wenn auch in verschleierter Form, doch auf eine Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung hinaus. Da sei es doch vorzuziehen, die nur eingeschränkt mögliche Aufklärbarkeit des Sachverhalts offen zuzugeben und eine Verurteilung auf dieser Grundlage zuzulassen.

Die Verwirklichung dieser Forderung wird von einigen Schriftstellern erst de lege ferenda ins Auge gefaßt [28]). Die übrigen halten eine erweiterte Zulassung alternativer Feststellungen auch schon de lege lata für möglich, und Rumpf führt insbesondere den Nachweis, daß auch das geltende Recht bei zweckgemäßer Auslegung nicht im Wege stehe, mehrere gesetzliche Tatbestände wahlweise festzustellen.

b) Er geht dabei von folgenden Erwägungen aus [29]): Bisher seien bei der Auslegung des formellen Strafrechts meist Gesichtspunkte maßgebend gewesen, mit denen man im materiellen Strafrecht gearbeitet habe. Man sei von der logischen Geschlossenheit des Rechts ausgegangen,

[25]) In der älteren Literatur von Stenglein, S. 318; Rubo, GA. Bd. 14, S. 385; in der jüngeren von Rumpf, S. 1 ff.; Zeiler, DRZ. 1914, S, 521 ff., 569 ff.; ZStRW. Bd. 40, S. 168; Bd. 42, S. 665; Bd. 43, S. 596; Bovensiepen, DRZ. Jahrgang 5, S. 814; Löwe, zu § 267 Anm. 4 b; Lücking, GA Bd. 71, S. 162; Mannheim, ZStRW. Bd. 44, S. 414; de lege ferenda: auch Wagen, GA. Bd. 44, S. 127; Kroschel, S. 85 Anm. 1; Beschluß des dritten Deutschen Richtertages, Recht 17, S. 597; Kitzinger, DJZ. 28, S. 23.

[26]) Wagen, S. 129.

[27]) Rumpf, S. 32.

[28]) s. oben A. 25.

[29]) Rumpf, S. 125 ff.

d. h. von der Auffassung, daß das Gesetz ganz eindeutig sei, und selbst alle Entscheidungen für jeden möglichen Einzelfall vorgebildet habe. Im Zivilrecht sei diese Auffassung in letzter Zeit der Erkenntnis gewichen, daß das Gesetz oft gerade infolge seiner abstrakten, allgemeinen Fassung mehrere Deutungen zulasse, und man habe daher im Interesse der Erlangung von Entscheidungen, die das Rechtsgefühl befriedigen, dem Richter einen freieren Spielraum für die Auslegung des Gesetzes eingeräumt.

Einer solchen weiteren Auslegungsmöglichkeit bedürfe aber der Strafrichter ganz in demselben Maße wie der Zivilrichter, um zu sachlich befriedigenden Ergebnissen zu gelangen. Auch im formellen und materiellen Strafrecht könne man es dem Richter nicht mehr versagen, unter mehreren Deutungen einer Gesetzesbestimmung, die alle noch als gesetzesmäßig anzusprechen seien, die entscheidende Wahl zu treffen. Daß eine freiere Auslegung der strafprozessualen Vorschriften gegen den Satz: „nullum crimen sie lege" (§ 2 StGB.; heute Art. 116 RV.) und also gegen das Verbot analoger Anwendung des Strafgesetzes verstoße, könne nicht zugegeben werden. Denn selbst, wenn man mit der allgemeinen Auslegung in § 2 Abs. 1 StGB. eine Bestimmung über den Ausschluß der Analogie und nicht nur über den Ausschluß der Rückwirkung des Strafgesetzes sehe, so habe doch eine einfache Auslegung des § 267 StPO. nichts mit Analogie zu tun [30]).

Ein freierer Spielraum des Richters hinsichtlich der Auslegung des Gesetzes sei auch mit der Bindung des Richters an das Gesetz (§ 1 GVG.) nicht unvereinbar. Denn gebunden sei der Richter eben nur soweit an das Gesetz, als dieses selbst eine eindeutige Interessenentscheidung treffe. Soweit es aber mehrere Entscheidungen offen lasse, sei der Richter berufen, auf unterpositiver normativer Grundlage die „richtige" Entscheidung zu treffen. Diese Grundlage sei sein richterliches Gewissen, seine richterliche Verantwortlichkeit, die ihm im Verein mit dem objektiven Material, das ihm zur Verfügung steht, wie Gerichtsentscheidungen, Ausführungen der Theorie und Gesetzesmaterialien den Weg der richtigen Interessenentscheidung weisen werde.

Bei einer freieren Auslegung verbiete es § 267 StPO. keineswegs, den festgestellten Sachverhalt (als Untersatz im Sinne des herkömmlichen Subsumtionsschemas) alternativ unter zwei selbständige gesetzliche Tatbestände (als Obersatz) zu subsumieren [31]). Es sei zuzugeben, daß der Wortlaut und Formalsinn des Gesetzes für die Auslegung sprächen, die die herrschende Lehre dem § 267 gebe. Die abstrakte Fassung des Gesetzes lasse aber auch eine andere Deutung der Vorschrift zu. Wenn § 267 Abs. 3 Satz 1 verlange, daß die Gründe „das zur Anwendung gelangende Strafgesetz" bezeichneten, so sei damit nicht notwendig der Singular gemeint. Auch wenn die §§ 242 und 259 StGB. nebeneinander in den Gründen angeführt seien mit dem Bemerken, daß einer von beiden Tatbeständen vorliege und daher die mildere Norm Anwendung finde,

---

[30]) Vgl. unten auf S. 19 die zit. Entscheidung des RG. RGStr. Bd. 62, S. 372.

[31]) Rumpf, S. 139 ff.

könne man von einer Bezeichnung „des zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes" sprechen.

Ebenso werde im § 267 Abs. 1 Satz 1 von „einer strafbaren Handlung" im Singular gesprochen, wie die allgemeine Auslegung zutreffend hervorhebe. Aber man verurteile doch nicht, wenn man den Hehler, der möglicherweise die Sache selbst gestohlen habe, aus § 259 StGB. verurteile, in Wahrheit wegen „zweier strafbarer Handlungen"! Es handle sich doch immer nur um die Beteiligung des Täters an dem einen tatsächlichen Vorgange, dem realen zugrunde liegenden Geschehnis als Prozeßgegenstand. Es bestehe keine Notwendigkeit, die Worte „strafbare Handlung" in § 267 Abs. 1 Satz 1 im Sinne von „gesetzlicher Tatbestand" aufzufassen, vielmehr könnten sie sehr wohl als der Untersatz im Sinne der Subsumtionstheorie, als „das historische Vorkommnis" verstanden werden. Die Verbindung mit den vorangehenden Worten: „die gesetzlichen Merkmale" „des historischen Vorgangs" sei unbedenklich; denn das Gesetz erfordere in § 267 nur in sehr allgemeinen Wendungen eine gewisse Bestimmtheit der Tat in den Urteilsgründen; einmal weil der Bürger ein Interesse daran habe, nur bei hinreichend bestimmter Feststellbarkeit seiner Tat verurteilt zu werden, und sodann, um die Selbstkontrolle des urteilenden Gerichts und die Nachprüfung durch das Revisionsgericht zu ermöglichen. Diesen Zwecken werde man aber auch mit einer weniger strengen Kennzeichnung der Tat gerecht.

Aus diesen Erwägungen folge, daß § 267 wegen seiner abstrakten Fassung mehrdeutig sei und neben der allgemeinen engen Auslegung noch eine andere weitere zulasse. Die enge Auslegung des § 267 StPO. entspreche dem Gesetze und möge auch den Formalsinn des Gesetzes zum Ausdruck bringen, deshalb stehe aber die weitere Auslegung noch nicht mit dem Gesetz im Widerspruch.

c) Zeiler ergänzt die auslegungsmäßigen Darlegungen Rumpfs durch die allgemeine Erwägung, es könne nicht als Meinung des Gesetzes angenommen werden, daß das Gericht in einer Weise Recht sprechen müsse, bei der die Erreichung von angemessenen Ergebnissen auf dem geraden Wege unbeirrter Wahrhaftigkeit einfach unmöglich wäre [32]).

Der Satz in dubio pro reo als Folge des „non liquet" gestatte auch eine andere Deutung [33]), als die herrschende Lehre ihm gebe [34]). Wenn diese als selbstverständliche und einzig mögliche Folge eines „non liquet" die Freisprechung des Angeklagten ansehe, so sei dies nur eine auf alter Gewohnheit beruhende Anschauung. Denn es zwinge nichts zu einer solchen Auslegung des Satzes. Auch bei der alternativen Feststellung werde er berücksichtigt, nur in einem anderen nicht so radikalen Sinne. Es werde eben z. B. beim Zweifel, ob vorsätzliche oder fahrlässige Eidesverletzung gegeben sei, der Zweifel zugegeben, und nicht freigesprochen, sondern wegen des milderen Strafgesetzes (fahrlässigen Falscheids) verurteilt. Auch dies geschehe in Anwendung des Satzes: in dubio pro reo [35]).

[32]) Zeiler, ZStRW. Bd. 40, S. 181; Ztschr. f. Ziv. Proz. 1920, S. 529.
[33]) Zeiler, DRZ. 1914, S. 569, 570.
[34]) Vgl. Beling, S. 239; Sieskind, DJZ. 1913, S. 1261 ff.
[35]) Über die Bedenken gegen diese Ausführungen vgl. unten S. 25.

d) Wie weit man nun bei einer freieren Auslegung des § 267 StPO. und des Satzes in dubio pro reo hinsichtlich der Zulassung alternativer Feststellungen gehen soll, darüber ist man auch unter den Anhängern einer erweiterten Zulassung verschiedener Ansicht.

Rumpf meint, die Zulässigkeit einer alternativen Feststellung nur in drei Gruppen von Fällen befürworten zu können, nämlich, wenn ein Zweifel über den Schuldgrad, die Art der Teilnahme oder das Vorliegen des einen oder des anderen strafbaren Einzeltatbestands obwalte[36]). Denn hier handle es sich lediglich um alternativ unbestimmt bleibende Modalitäten der Tat, die sich stets um ein und dasselbe erwiesene Geschehnis als ihren Kern gruppierten. Es werde dann, wozu § 267 StPO. immerhin doch zwinge, wenigstens ein ziemlich fest umrissenes historisches Geschehnis festgestellt. Daran mangle es in den Fällen der von ihm sogen. reinen Tatsachenalternativität. Denn dort stehe die anzuwendende Strafrechtsnorm als allein in Betracht kommend, sicher fest; alternativ ungewiß bleibe nur, welches von zwei sich um denselben Angeklagten als Täter gruppierenden selbständigen historischen Ereignissen als erwiesen anzusehen und jener einen Strafnorm zu subsumieren sei. Auch dann sei die Zulassung einer alternativen Feststellung zwar notwendig und erwünscht, aber doch wohl kaum mit dem Wortlaut des § 267 zu vereinen.

Für eine unbegrenzte Zulassung alternativer Feststellungen dagegen treten im älteren Schrifttum Rubo[37]) und im jüngeren Zeiler[38]) ein.

Rubo hält bei der alternativen Feststellung Einheit der Tat und des Tatbestandes nicht für erforderlich und läßt auch Alternativen mit ungleichen Straffolgen zu. In einem solchen Falle sei nach dem wohlbegründeten Satze „in rebus criminilibus dubiis sententia mitior" das mildeste der Strafgesetze anzuwenden.

Zeiler läßt eine alternative Feststellung sowohl bei Zweifeln hinsichtlich des anzuwendenden Tatbestandes als bei solchen in Ansehung des zugrunde liegenden Sachverhalts zu. Die Abgrenzung, die Rumpf mit seiner Unterscheidung bringe, sei nicht brauchbar. In den Fällen der sogen. reinen Tatsachenalternativität brauche nicht immer nur ein und dieselbe Strafnorm allein in Betracht zu kommen, wie in dem einen Falle, in dem der Angeklagte zu zwei verschiedenen Malen entgegengesetzte Angaben unter dem Zeugeneide gemacht habe (Meineid § 154 StGB.) und sich nicht sicher ermitteln lasse, welcher der Eide falsch und welcher richtig sei. Es seien auch andere Fälle denkbar, die sich nicht grundsätzlich, sondern nur dem Grade nach von dem Meineidsfalle unterschieden, in denen bei jeder der zwei verschiedenen tatsächlichen Annahmen je eine andere Strafnorm als allein in Betracht kommend sicher feststehe.

Die Grenze zwischen den bloßen Modalitäten der Begehung einer Tat und zwei selbständigen Ereignissen zu ziehen, sei in den Fällen der alternativen Feststellung nicht möglich. Während man in dem einen

---

[36]) Rumpf, S. 213, 218 ff.
[37]) Rubo, GA. Bd. 14, S. 385.
[38]) Zeiler, DRZ. 1914, S. 529.

Falle, etwa bei dem Zweifel, ob der Angeklagte die Sache in der Nacht gestohlen oder morgens vom Diebe gekauft hat, einen einheitlichen historischen Vorgang anzunehmen geneigt sei, werde man davon absehen, wenn der Kauf erst nach einigen Jahren stattgefunden habe. Ständig werde die Schwierigkeit, das einigende Band zwischen den beiden möglichen Tatbeständen noch festzustellen, größer, und doch ließe sich nicht sagen: Bis hierher kann man eine alternative Feststellung noch zulassen, darüber hinaus jedoch nicht mehr. Lasse man die alternative Feststellung erst einmal zu, dann könne man ihr auch keine Grenzen mehr ziehen.

Überdies sei selbst in den Fällen, in denen ein Zweifel sowohl hinsichtlich des anzuwendenden Tatbestandes als hinsichtlich des zu subsumierenden Sachverhalts bestehe, ein Bindeglied vorhanden, das den inneren Zusammenhang zwischen den Beurteilungen der Tat nach der einen oder anderen Richtung begründe. Man müsse sich nur einmal von dem Gedanken frei machen, als sei Gegenstand der Aburteilung die Handlung des Angeklagten im Sinne eines paragraphenmäßig umschriebenen Inbegriffs von Verbrechensmerkmalen. Dann liege das verbindende Glied in dem — wenn selbst erdichteten — Vorkommnis, um das sich die ganze Verhandlung drehe. Deshalb sei eine alternative Feststellung selbst in den Fällen der von Rumpf sogen. reinen Tatsachenalternativität mit dem geltenden Recht für vereinbar zu halten, da die gleichen Erwägungen auf sie zuträfen, wie in den Fällen, in denen der Zweifel lediglich auf den gesetzlichen Tatbestand beschränkt bleibe.

Während Zeiler eine Grenzziehung hinsichtlich des Umfanges der alternativen Feststellungen also überhaupt ablehnt, haben andere Schriftsteller eine solche versucht. So schlägt Löwe vor [39]), die alternative Feststellung insoweit für zulässig zu erachten, als gleichwertige Delikte, die gegen dasselbe Rechtsgut gerichtet seien, in Frage ständen; auch müsse dasselbe Gericht für die Aburteilung der beiden Delikte zuständig sein.

Nach Lücking soll die Grenze für die alternative Feststellung in der Gleichwertigkeit der festzustellenden Tatbestände zu finden sein, ihrer Gleichwertigkeit im Sinne eines gleichen Strafrahmens. Der Richter könne mehrere strafbare Tatbestände nur dann alternativ feststellen, wenn er bei beiden Delikten den gleichen Strafmaßstab vorfinde [40]).

§ 3. Eigene Stellungnahme.

A. Ist damit in kurzen Zügen der Stand der Rechtsprechung und des Schrifttums zu unserer Frage dargelegt, so werden die folgenden Ausführungen dazu dienen, eine eigene Stellungnahme zu begründen. Die Untersuchung wird sich im wesentlichen nach drei verschiedenen Gesichtspunkten richten, nämlich

---

[39]) Löwe, zu § 267 StPO. Anm. 4 b; siehe unten S. 27 A. 94.
[40]) Lücking, GA. Bd. 71, S. 162.

a) inwieweit alternative Feststellungen mit dem geltenden Recht vereinbar sind,

b) welche sachlichen Interessen in § 267 StPO. zum Ausgleich zu bringen sind, und

c) inwieweit einer unbegrenzten Zulassung alternativer Feststellungen praktische Bedenken entgegenstehen.

a) Aus der ausdrücklichen Erklärung der Motive, daß der Gesetzgeber der Wissenschaft und der Praxis in der Frage der Zulässigkeit alternativer Feststellungen habe freie Hand lassen wollen, ergibt sich, daß das Gesetz in seinem positiven Wortlaut jedenfalls nicht gegen die Zulassung alternativer Feststellungen sprechen kann. Es fragt sich daher zunächst nur: Zwingt das Gesetz zu einer Einschränkung der Zulässigkeit alternativer Feststellungen oder sind solche auch nach dem heutigen Stand der Gesetzgebung unbeschränkt zulässig?

Die Frage läßt sich, wie bereits oben (S. 2) erwähnt, nur an Hand des § 267 StPO. beantworten. Nach § 267 Abs. 3 Satz 1 müssen die Urteilsgründe das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen. Es ist richtig, daß § 267 Abs. 3 Satz 1 hier von e i n e m zur Anwendung gebrachten Strafgesetz im Singular spricht. Doch kann man mit Rumpf sagen, daß bei der abstrakt und allgemein gefaßten Ausdrucksweise des Gesetzes dieses Argument nicht durchschlägt [41]).

Auch wenn die Tatbestände der §§ 242 und 259 StGB. wahlweise in den Gründen festgestellt werden, und daher die mildere Norm des § 259 StGB. anzuwenden ist, ist doch „das Strafgesetz angegeben", das zur Anwendung gebracht ist. § 267 Abs. Satz verlangt darüber hinaus noch die Angabe der Tatsachen, in denen die gesetzlichen Merkmale der „strafbaren Handlung" gefunden werden. Auch hier ist von einer „strafbaren Handlung" im Singular die Rede. Es fragt sich nur, ob man, wenn der Angeklagte beim Zweifel, ob Diebstahl oder Hehlerei vorliegt, aus § 259 StGB. verurteilt wird, sagen kann: er wird wegen „zweier strafbarer Handlungen" verurteilt? § 267 Abs. 1 Satz 1 läßt hier zwei Möglichkeiten der Auslegung offen: Entweder man faßt die Worte „strafbare Handlung", wofür auch die Verbindung mit den vorangehenden Worten „die gesetzlichen Merkmale" sprechen könnte, im juristischen Sinne auf, dann bedeuten sie soviel wie „gesetzlicher Tatbestand"; oder man nimmt die Worte „strafbare Handlung" im natürlichen (psychologischen) Sinne als „den historischen Vorgang", was mit den Worten „die gesetzlichen Merkmale" dem Sinne nach auch vereinbar ist.

Eine wie die andere Auslegung ist möglich und formal dem Gesetze entsprechend. Daß der Gesetzgeber in der Tat die Worte „strafbare Handlung" selbst verschiedendeutig gebraucht, erhellt aus dem materiellen Strafrecht [42]). Während er in der Überschrift des fünften Abschnittes des ersten Teils des Strafgesetzbuchs „strafbare Handlung" im juristischen Sinne (= Normübertretung) verwendet, bezeichnet er mit „Handlung" in den §§ 73, 74 StGB. diejenige im natürlichen Sinne. Ein und

---

[41]) siehe oben S. 7/8.

[42]) Übereinstimmend RGStr. Bd. 8, S. 47; u. a. auch Tosetti, GS. Bd. 79, S. 90.

dieselbe „Handlung" im natürlichen Sinne verletzt bei der Idealkonkurrenz mehrere selbständige Tatbestände [43]). Verurteilen wir in diesem Falle wegen mehrerer „strafbarer Handlungen" im Sinne des § 267 Abs.1 Satz 1? Es bestehen auch hier wie bei der alternativen Verurteilung beide Möglichkeiten der Auslegung.

Für die Frage der alternativen Feststellungen ergibt sich aus § 267 StPO. nur soviel, daß er bei einer Auslegung, die man als dem Formalsinn des Gesetzes entsprechend, aber deshalb noch nicht als allein richtig bezeichnen kann, allerdings eine Schranke für die Zulässigkeit der alternativen Feststellungen bilden würde. Denn wenn § 267 Abs. 1 Satz 1 in der Tat positiv die Angabe der Tatsachen verlangte, in denen die Merkmale eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes gefunden werden, so würde eine Tatsachenfeststellung mit wahlweiser Angabe mehrerer selbständiger gesetzlicher Tatbestände mit ihm in Widerspruch stehen. Bei einer freieren Auslegung jedoch, die wegen der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes jedenfalls nicht gesetzwidrig ist, ergibt sich, daß aus § 267 eine Einschränkung hinsichtlich der Zulässigkeit der alternativen Feststellung nicht zu entnehmen ist. Denn wenn die Vorschrift nur die Angabe der Tatsachen erforderte, in denen die gesetzlichen Merkmale des „historischen Vorgangs" (= der strafrechtlich erheblichen Handlungsweise) gefunden werden, so würde sie eine Tatsachenfeststellung mit alternativer Angabe mehrerer gesetzlicher Tatbestände nicht hindern: „eine strafbare Handlung" brauchte ja nicht als bestimmter gesetzlicher Tatbestand, sondern nur als einheitlicher tatsächlicher historischer Vorgang, der verschiedene rechtliche Deutungen zuläßt, festgestellt zu werden. Welcher Auslegung des § 267 StPO. der Vorgang zu geben ist, kann erst die folgende Untersuchung zeigen.

b) Diese wird sich mit der Frage beschäftigen, ob nicht die engere Auslegung des § 267 StPO., die das RG. bereits zahlreichen Entscheidungen hinsichtlich der Zulässigkeit alternativer Feststellungen zugrunde gelegt hat, inzwischen die Bedeutung eines Gewohnheitsrechts erlangt hat [44]).

Dazu wäre ein auf langdauernder Gewohnheit und Rechtsüberzeugung beruhender einheitlicher Gerichtsgebrauch erforderlich, dessen Vorhandensein im folgenden nachgeprüft werden soll. Wie oben bereits dargelegt [45]), hat das RG. eine allgemeine Formel dahingehend aufgestellt, daß die Selbständigkeit zweier gesetzlicher Tatbestände ihre alternative Feststellbarkeit ausschließe, da es sonst an der Bestimmtheit der Tat in den Urteilsgründen im Sinne des § 267 StPO. fehlen würde. Von der Einstellung, die das RG. zu der Frage der Selbständigkeit der gesetzlichen Tatbestände eingenommen hat, wird es daher vornehmlich abhängen, ob man seine Rechtsprechung als eine einheitliche bezeichnen kann oder nicht. Einige wegen ihrer Begründung oder wegen ihres Ergebnisses besonders bemerkenswerte Entscheidungen werden zeigen, daß die

[43]) So die herrschende Lehre. Vgl. Frank, Komm. zu § 73 II; v. Olshausen zu § 73 Anm. 1 und die dort zit. Entscheidungen.

[44]) Siehe oben S. 2 ff.; dort wurden nur kurz die prinzipiellen Ergebnisse der reichsgerichtlichen Rechtsprechung erwähnt.

[45]) S. 3.

Ergebnisse des RG. in dieser Hinsicht keineswegs einheitlich zu nennen sind. Während der Maßstab der Auslegung, den das RG. in älteren Entscheidungen anlegte ein sehr strenger war, so daß sogar Tatbestände, die innerhalb ein und desselben Satzes des Gesetzes durch ein „Oder" verbunden sind, als selbständig bezeichnet wurden, zeigt sich in der neueren Rechtsprechung unverkennbar die Neigung, alternative Feststellungen in weiterem Umfang, ja sogar zwischen verschiedenen Strafgesetzen zuzulassen.

So hat das RG. in zwei älteren Entscheidungen hinsichtlich des § 117 und des § 132 StGB. eine sehr enge Auslegung getroffen. Zunächst hat der III. Senat ausgesprochen [46]), daß die Alternativen des Widerstands und des tätlichen Angriffs im § 117 StBG. selbständig seien und nicht alternativ festgestellt werden dürften. Ihre Verschiedenartigkeit ergebe sich daraus, daß zwar die Voraussetzungen hinsichtlich der Personen der Verletzten und deren Rechtsausübung dieselben seien, in beiden Fällen dieser Ausübung ein Hindernis erwachse, daß aber im übrigen die Deliktstätigkeit beim Widerstande sich gegen die Amtshandlung oder Rechtsausübung als solche, beim Angriff gegen die Person des Beamten oder Berechtigten sich richte, und daß die erste Alternative ein Widerstandleisten gegen den Beamten oder Berechtigten in der berechtigten Ausübung seines Amtes oder Rechtes, die zweite einen Angriff während solcher Ausübung voraussetze, hier also nur ein zeitliches Zusammentreffen erfordert werde.

Die Selbständigkeit der Tatbestände soll also nach der Ansicht des RG. dadurch begründet sein, daß der Widerstand sich „gegen die Amtshandlung", und der Angriff sich „gegen die Person" richtet. Ein formal, auf Grund der Gesetzesfassung völlig einwandfreies Ergebnis, das aber gar nicht den Umstand berücksichtigt, wie schwer es in solchen Fällen (bei der Festnahme eines Wilderers) ist, den tatsächlichen Hergang eindeutig zu ermitteln, und wie leicht dabei ein Widerstand in einen Angriff übergehen kann.

Auch in § 132 StGB. erklärt das RG. die beiden Alternativen für selbständig [47]). Im Falle der ersteren Alternative trete der Täter als Beamter auf, und handle — unter Verleugnung seiner Eigenschaft als Privatperson — als solcher; er vollführe also die Handlung kraft seiner angemaßten Beamteneigenschaft. Im Falle der zweiten Alternative dagegen lege der Täter seiner Person den Charakter eines Beamten nicht bei, sondern verstoße nur dadurch gegen die Rechtsnormen, daß er als Privatperson tue, was nur ein Beamter tun dürfe. Dadurch seien so wesentliche Verschiedenheiten bedingt, daß von einem einheitlichen Tatbestande des § 132 StGB. nicht gesprochen werden könne.

Ebenso wie bei der vorigen Entscheidung kann man hier sagen, daß das RG. für den Begriff des selbständigen Tatbestandes, wie es doch nahe läge, sehr wenig Erwägungen tatsächlicher Art heranzieht, sondern nur solche, die sich auf die formale Fassung des Gesetzes stützen. Immerhin ist das RG. hier in seiner engen Auslegung konsequent, während

[46]) RGStr. Bd. 28, S. 98.
[47]) RGStr. Bd. 32, S. 85.

das schon bei den einzelnen, unter verschiedenen Ziffern zusammengefaßten Alternativen des § 243 StGB. nicht mehr der Fall ist.

Bei den Ziffern 2 und 3 des § 243 StGB. hat sowohl der III.[48]) wie auch der II. Senat[49]) eine alternative Feststellung für zulässig erklärt, während der IV. Senat zunächst in ständiger Rechtsprechung eine solche Feststellung ablehnte[50]), bis er auf eine Anfrage des II. Senats hin erklärte, an seiner Rechtsprechung hinsichtlich der Ziffern 2 und 3 des § 243 StGB. nicht mehr festhalten zu wollen. Die Begründung der ersten Entscheidung des IV. Senats[51]) ist dabei vom Standpunkt der These des RG. aus gesehen, durchaus konsequent und nimmt auch das unerwünschte Ergebnis mit in Kauf, daß eine Verurteilung wegen schweren Diebstahls nicht erfolgen kann, da eine alternative Feststellung zwischen den einzelnen Ziffern des § 243 StGB. nicht möglich ist. Die neueren Entscheidungen des II. Senats dagegen sind offensichtlich von dem Streben nach dem wünschenswerten Ergebnis einer Verurteilung erfüllt, und ihre Begründung der Identität der einzelnen Tatbestände des § 243 StGB. ist dem Sinne nach kaum vereinbar mit den Ausführungen der oben genannten älteren Entscheidungen RGStr. Bd. 28 S. 98 und Bd. 23 S. 85.

So heißt es in einer Entscheidung[52]): Mindestens im vorliegenden Fall, wo es sich um Einsteigen oder Anwenden falscher Schlüssel handle, ständen nur solche verschiedene Ausführungsarten derselben Straftat in Frage, die keine verschiedenen Tatbestände bildeten; denn bei der einen wie bei der andern Ausführungsart komme nur ein Eindringen in das Gebäude unter Überwindung des entgegenstehenden Hindernisses durch ordnungswidrige Zugangseröffnung in Betracht, bei dem die Unversehrtheit des Gebäudes selbst nicht verletzt werde.

Und nach einer anderen Entscheidung[53]) soll die Identität zwischen gewaltsamem Aufreißen der Tür und der Anwendung eines Dietrichs dadurch begründet sein, daß in solchen Fällen vielfach der Gebrauch eines Dietrichs und die Anwendung von Gewalt miteinander verbunden werden und ineinander übergehen müßten, um zum Ziele zu führen.

Eine Bewertung der Begründung dieser Entscheidungen soll hier nicht getroffen werden, da vorläufig nur gezeigt werden soll, welche Abwandlungen die Auslegung des RG. hinsichtlich des Begriffs des selbständigen gesetzlichen Tatbestandes erfahren hat.

Noch ein anderes Beispiel zeigt dies recht deutlich. RGStr. Bd. 34 S. 414 stellte sich unzweideutig auf den Standpunkt, daß die §§ 267 und 270 StGB. voneinander verschiedene Tatbestände enthielten; denn § 270 StGB. enthalte nicht etwa nur wie § 269 eine Modalität der Urkundenfälschung im Sinne des § 267 StGB., sondern ein eigenartiges Delikt des wissentlichen Gebrauchs einer von einem a n d e r e n fälschlich angefer-

---

[48]) So zuerst RG. Rspr. Bd. 1, S. 777; Bd. 3, S. 93.
[49]) RG. GA. Bd. 36, S. 60.
[50]) RGStr. Bd. 23, S. 47 und JW. Jahrg. 46, S. 817 u. a. unveröffentlichte Entscheidungen.
[51]) RGStr. Bd. 23, S. 47.
[52]) RGStr. Bd. 55, S. 44.
[53]) RGStr. Bd. 55, S. 230.

tigten oder verfälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung, einen von demjenigen des § 267 verschiedenen Verbrechensbegriff mit völlig selbständigem Tatbestand, so daß der § 267 bezw. 269 StGB. und der § 270 StGB. einander ausschlössen.

Aber bereits in der Entscheidung RGStr. Bd. 35 S. 299 gab das RG. seinen Standpunkt wieder auf. Der Wortlaut des § 270 StGB. rechtfertige die Annahme, daß der Gesetzgeber die völlige Gleichwertigkeit des im § 270 definierten Delikts mit dem in § 267 definierten habe statuieren wollen. Daß es sich in dem Falle des § 270 StGB. nicht um einen von dem § 267 StGB. verschiedenen Tatbestand handle, ergebe sich auch aus dem Umstande, daß der § 270 StGB. gar nicht eine in sich abgeschlossene Norm enthalte, sondern, wie eben seine Fassung ergebe, aus § 267 StGB. ergänzt werden müsse. Der Tatbestand der Urkundenfälschung habe zwei Erscheinungsformen, von denen die eine im § 267 StGB., die andere im § 270 StGB. geregelt sei.

Abgesehen von der weiteren Auslegung, deren sich das RG. hier im Gegensatz zu der Entscheidung Bd. 34 S. 414 befleißigt, fällt auf, daß das RG. den Begriff des einheitlichen Tatbestandes nicht mehr an die Regelung in einem bestimmten Gesetzesparagraphen knüpft, sondern anerkennt, daß auch dann eine Einheit des Tatbestandes vorliegen kann, wenn mehrere Paragraphen in Frage stehen. Dies veranlaßte den II. Senat später zu der Bemerkung, daß die neuere Rechtsprechung des RG. dazu neige, verwandte Tatbestände einander gleichzustellen, und schon der Rechtssicherheit halber Wahlfeststellungen in weiterem Umfange zuzulassen [54]). Aus den angeführten Beispielen läßt sich erkennen, welchen Abwandlungen die Deutung des Begriffs des selbständigen Tatbestandes durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung seit den Entscheidungen, die hinsichtlich der §§ 117 und 132 StGB. ergingen, bis zu der späteren Gleichsetzung der in verschiedenen Paragraphen enthaltenen Alternativen der Urkundenfälschung ausgesetzt war.

Aber es verbergen sich unter der allgemeinen Formel für die Zulässigkeit alternativer Feststellungen, auch abgesehen von der verschiedenen Auslegung des Begriffs der Selbständigkeit der gesetzlichen Tatbestände, noch manche praktische Verschiedenheiten in anderen Entscheidungen des RG., so daß die Einheitlichkeit seiner Rechtsprechung in Wahrheit nur eine scheinbare ist.

So hat das RG. in einer älteren Entscheidung [55]) die Frage an die Geschworenen für zulässig erklärt, ob der Angeklagte schuldig sei, allein oder gemeinschaftlich mit einem oder mehreren anderen, den R. vorsätzlich getötet und die Tötung mit Überlegung ausgeführt zu haben. Diese Frage bestimme die konkrete Tat genügend. Überdies liege auch die Identität des gesetzlichen Tatbestandes vor, da ja nach § 47 StGB. der Mittäter „als Täter", also ebenso wie der Alleintäter bestraft werde. Formal ist diese Begründung sicherlich einwandfrei [56]). Vergegenwärtigt man sich

[54]) RGStr. Bd. 55, S. 44; vgl. auch betr. die Tatbestände der §§ 269 u. 270 StGB.: RGStr. Bd. 39, S. 37; GA. Bd. 40, S. 48.

[55]) RGStr. Bd. 12, S. 347.

[56]) In gleichem Sinne das RG. in Rspr. Bd. 7, S. 507; RGStr. Bd. 36, S. 18; Bd. 56, S. 35; Bd. 63, S. 430; JW. 1930, S. 2567; JW. 1931, S. 1581.

aber einmal den eigentlichen sachlichen Grund, aus dem das RG. an dem Erfordernis der Feststellung eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes festhält, nämlich um die Bestimmtheit der Tat im Urteil zu sichern, so ist hier trotz (formaler) Identität des Tatbestandes das Tatbild in Wirklichkeit sehr unbestimmt. Es wird eine Verurteilung zugelassen, nur weil formell das Prinzip für die Zulässigkeit alternativer Feststellungen — die Einheit der Tat und des Tatbestandes — gewahrt ist, obwohl im übrigen die Tat weitgehend unaufgeklärt bleibt. Dieses Ergebnis steht sachlich voll im Widerspruch zu den Entscheidungen hinsichtlich der §§ 117 und 132 StGB., in denen die Feststellung der Alternativen für unzulässig erklärt wurde, weil das Tatbild zu unsicher sei.

Noch deutlicher wird die Ungeklärtheit des Tatbildes bei einer Fragestellung, die das RG. in einer anderen Entscheidung zugelassen hat[57]: Ob der Angeklagte schuldig sei, seine Ehefrau und seinen Sohn und K. oder eine dieser drei Personen, welche eine jede für sich allein oder gemeinschaftlich mit den beiden andern oder mit einer derselben . . . den G. vorsätzlich getötet und diese Tötung mit Überlegung ausgeführt haben, zu dieser von ihnen allein oder gemeinschaftlich begangenen strafbaren Handlung durch Überredung oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt zu haben[58].

Trotz starker Unbestimmtheit des Sachverhalts gelangt das RG. hier zu einer Verurteilung, denn rein formal gesetzesmäßig läßt sich ja nicht bestreiten, daß in allen Fällen des Zweifels, ob Allein- oder Mittäterschaft vorliegt, derselbe strafbare gesetzliche Tatbestand gegeben ist. Daß der Unterschied zwischen den beiden Alternativen bei der Strafbemessung als Differenz von Tat und Tatanteil sehr erheblich sein kann, das erwähnt das RG. gar nicht.

Zusammenfassend ergibt sich, daß die Rechtsprechung des RG., sowohl was die Unterscheidung der einzelnen gesetzlichen Tatbestände in selbständige und unselbständige anlangt, als hinsichtlich ihrer praktischen Ergebnisse recht erhebliche Verschiedenheiten aufweist. Man kann also nicht sagen, daß dem vom RG. für die Zulässigkeit alternativer Feststellungen aufgestellten Prinzip der Einheit der Tat und des Tatbestandes die Bedeutung eines Gewohnheitsrechts zukommt, da es an der dazu erforderlichen Einheit der Rechtsprechung fehlt.

Wenn nun auch die These des RG. von der Einheit der Tat und des Tatbestandes großen Schwierigkeiten bei der Auslegung des materiellen Strafrechts im Einzelfall begegnet, und wenn sie daher bei der Vielgestaltigkeit der Tatbestände oft zu ungleichen Ergebnissen gelangen wird, so läßt sich daraus noch nicht die Folge herleiten, daß die enge Auslegung, wie sie das RG. dem § 267 StPO. gegeben hat, deshalb schon abzulehnen und der weiteren Auslegung zu folgen sei. Denn bisher haben wir nur festgestellt, daß beide Auslegungen formal gesetzesmäßig einwandfrei sind, und daß die engere Auslegung des RG. nicht zu einem Gewohnheitsrecht geführt hat, so daß wir ihr etwa aus diesem Grunde einfach zu folgen hätten.

---

[57] RGStr. Bd. 37, S. 215.
[58] Vgl. auch RGStr. Bd. 36, S. 18.

Die eigentliche Entscheidung steht noch aus. Sie wird Erwägungen zu entnehmen sein, die auf die sachliche Bedeutung des § 267 StPO. eingehen. Um in dieser Hinsicht Klarheit zu gewinnen, läßt sich folgendes sagen:

B. a) Geht man davon aus, daß es Aufgabe des Rechts im allgemeinen und der Rechtsprechung im besonderen ist, zwischen widerstreitenden Interessen und Werten abzuwägen und ein Urteil darüber abzugeben, welcher Wert der schwerer wiegende und ausschlaggebende ist, so wird man sich zunächst fragen, welche verschiedenen Interessen der § 267 zum Ausgleich bringen soll. Da das Urteil und seine Begründung die Grundlage für den staatlichen Strafanspruch gegen den Bürger, also für den stärksten Eingriff in dessen persönliche Freiheit, bliden, so wird man sagen können, daß § 267 abwägen soll zwischen dem Interesse des Bürgers an einer bestimmten Feststellung seiner Tat und an einer Verurteilung nur bei hinreichend bestimmter Feststellbarkeit, andererseits aber dem Interesse des Staates an einer energischen Durchsetzung der Strafrechtsordnung gegen jeden zuverlässig Strafwürdigen [59]). § 267 birgt, rein sprachlich gesehen, beide Möglichkeiten in sich, dem einen oder anderen Interesse von beiden den Vorzug zu geben.

Hält man den Schutz des Bürgers gegenüber der auch nur entfernten Möglichkeit einer ungerechtfertigten Verurteilung für wesentlicher, dann wird man dem Formalsinn des Gesetzes folgen und sagen: Das Gesetz hat die Entscheidung von selbst eindeutig zugunsten des Bürgers getroffen; zu einer Verurteilung muß ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand unzweideutig festgestellt sein; die Feststellung, daß entweder der eine oder andere gesetzliche Tatbestand verwirklicht sei, ist zu unbestimmt und reicht zu einer Verurteilung nicht hin. Diesen Standpunkt kann man als den der liberal-rechtsstaatlichen Auffassung bezeichnen, die alles strafbare Tun in abstrakten, bestimmt umrissenen gesetzlichen Einzeltatbeständen zu erfassen sucht, und nur dann eine Strafe verhängt, wenn und soweit ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand nachgewiesenermaßen verwirklicht ist.

Erachtet man dagegen das objektive Interesse des Staates an einer durchgreifenden Gerechtigkeitspflege für schwerwiegender, so wird man sagen, das Gesetz ist nicht eindeutig und gibt nicht selbst die letzte Interessenentscheidung; es läßt auch eine Deutung zu, die das Rechtspflegeinteresse des Staates mehr berücksichtigt und einen Strafanspruch für ihn bereits dann entstehen läßt, wenn die Tat des Bürgers nicht derart bestimmt ist, daß eindeutig nur ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand vorliegt. Es gibt sich mit einem geringeren Grade von äußerlich eindeutiger Bestimmtheit zufrieden, indem es auch eine wahldeutige Tatsachenfeststellung in den Urteilsgründen zuläßt, diese aber an die Voraussetzung knüpft, daß der Richter bestimmt davon überzeugt ist, der eine oder andere von mehreren gesetzlichen Tatbeständen liege jedenfalls vor.

Welcher dieser beiden Auffassungen man folgen will, hängt von grundsätzlichen staatspolitischen Erwägungen ab. Der Ausgleich zwischen

---

[59]) Übereinstimmend Rumpf, S. 141.

den widerstreitenden Interessen des Bürgerschutzes auf der einen Seite und der Rechtsverwirklichung des Staates auf der anderen Seite vollzieht sich nicht in jeder Kulturperiode nach den gleichen Gesetzen. In der einen Kulturepoche hat man sich für den Schutz des Individuums entschieden, in der anderen hat man einer wirksameren Handhabung der staatlichen Strafgewalt den Vorzug gegeben. Es erhebt sich also die Frage: Herrscht auch heute noch auf dem Boden der geltenden Staats- und Strafrechtsauffassung die Tendenz vor, den Bürger vor Staats-, insbesondere Richterwillkür zu schützen durch eine möglichst enge Bindung des Richters an das Gesetz, die ihm eine Rechtsanwendung auf Grund einer freieren Auslegung des Gesetzes nicht gestattet, oder sind die Garantien für den Schutz des Bürgers bereits derart vollendet, daß man fürchten muß, der Staatsgedanke in Gestalt der Strafgewalt komme nicht zu seinem Rechte, wenn nicht der Richter hinsichtlich der Auslegung des Gesetzes größere Freiheit erlangt.

M. E. ist die Frage in letzterem Sinne zu beantworten. Wir stehen heute, auch auf dem Boden des demokratisch-parlamentarischen Staates, in einer Zeit, in der man das Verhältnis des Einzelnen zum Staat anders einschätzt, als dies im 18. Jahrhundert und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts der Fall war. Damals wollte man in der Tat das Individuum so weit als irgend möglich gegenüber der Willkür des Staats und der Gerichte schützen, und das geeignete Mittel hierfür war das Gesetz, dessen unabänderlicher Befehl jede Gerichtswillkür ausschloß.

b) Heute dagegen sind an die Stelle der Allmacht des Gesetzes und der Freiheit des Individuums neue Gedanken getreten, die statt des Rechts des Einzelnen die Pflicht des Einzelnen, seine soziale und staatliche Gebundenheit in den Vordergrund stellen[60]). Man empfindet das Gesetz in seiner Starrheit als Zwang und neigt dazu, dem Richter eine größere Freiheit im Hinblick auf die Auslegung zu gewähren. Ja, weit über das Ziel hinausschießend, rufen sogar manche nach dem Freirecht, nach dem freien Ermessen des Richters. Mitten in dieser kulturellen Bewegung stehen wir heute. Man kann somit nicht sagen, daß heute noch der Ruf nach dem Schutze des Einzelnen vor der Willkür des Staates unser Kulturleben ausschlaggebend beeinflußte. Dieser Schutz ist längst durch die Strafgesetzgebung des liberalen Staates des 19. Jahrhunderts voll verwirklicht worden, so wirksam, daß sich jetzt sogar für den Staat Schwierigkeiten ergeben, mit diesem Gesetz die Rechtsordnung wirksam durchzusetzen, wenn man nicht dem Richter mehr Vertrauen schenkt und ihm eine weitherzigere, zweckmäßigere Gesetzesauslegung gestattet.

Dies ist m. E. möglich, auch ohne sich mit der Freirechtsbewegung auf den Boden einen völlig ungehemmten richterlichen Subjektivismus zu stellen. Zwar ist auch heute der Richter an das Gesetz gebunden (§ 1 GVG. Art. 102 RV.), und das Gesetz allein die Grundlage für seine Entscheidung[61]), aber diese Bindung ist doch keine solche an den Buchstaben des Gesetzes. Das Gesetz ist in diesem Sinne nicht heilig und un-

---

[60]) Gerland zu Art. 116 RV. in Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten der RV., S. 384.

[61]) Vgl. Schmitt, S. 167 f.

antastbar [62]). In der Auslegung des Inhalts des Gesetzes ist der Richter frei, soweit ihm nicht wieder eine bestimmte Auslegung durch ein Gesetz vorgeschrieben ist [63]). Dies gilt auch heute für das Zivilrecht unbeschränkt, und im Strafrecht erleidet dieser Satz durch § 2 StGB. (Art. 116 RV.) nur insofern eine Einschränkung, als einer Entscheidung, die mit dem Wortlaut des Gesetzes auf keine Weise mehr vereinbar wäre, gegen das Analogieverbot verstoßen würde. Im übrigen ist auch hier eine beweglichere Auslegung des Gesetzes nach seinem Sinn und Zweck nicht weniger zulässig als eine strenge Buchstabendeutung [64]).

Zusammenfassend kann man sagen, daß die heutige soziale Kulturanschauung jedenfalls nicht geneigt ist, einseitig den Schutz des Bürgers gegenüber staatlicher Willkür hervorzuheben, da dieser Schutz in Gestalt des Gesetzes bereits denkbar vollkommen ist, daß ihr vielmehr eher Tendenzen innewohnen, die die Gesamtheit und den Staat gegenüber dem Einzelnen wieder mehr zur Geltung bringen wollen. Eine weitere, die Zulässigkeit alternativer Feststellungen nicht einschränkende Auslegung des § 267 StPO. wäre also sachlich geboten, wenn sie gegenüber der bisherigen Handhabung keine Gefährdung des Angeklagten darstellt oder ein praktisches Bedürfnis sie erheischt. Diese beiden letzteren Gesichtspunkte werden daher im folgenden zu untersuchen sein.

An zwei Voraussetzungen hat die StPO. die Verurteilung des Angeklagten geknüpft; einmal gemäß § 267 an die bestimmte Feststellbarkeit seiner Tat, und sodann gemäß § 261 an die volle Überzeugung des Gerichts von der Schuld des Angeklagten. Nach der engeren Auslegung, wie sie das RG. dem § 267 bisher gibt, darf eine Verurteilung also nur erfolgen, wenn der Richter überzeugt ist von dem Vorliegen eines bestimmten, eng umrissenen gesetzlichen Tatbestands. Diese Forderung wäre dann voll berechtigt, wenn unser Strafgesetz eine so scharfe Herausarbeitung seiner Tatbestände erreichen würde, daß der Richter, der ja gerade durch seine weitgehende Spezialisierung gebunden werden sollte, kaum je in Verlegenheit geraten könnte, ob nun der eine oder der andere gesetzliche Tatbestand vorliegt [65]).

Daß dem nicht so ist, doch vielmehr der Richter sehr oft in Zweifel gerät, ob nun der Sachverhalt unter diesen oder jenen gesetzlichen Tatbestand gehört, erhellt aus folgendem Fall, der in der Praxis sehr häufig vorkommt [66]): Bei A wird ein Rad gefunden, das am Abend zuvor bei X gestohlen worden ist. Es besteht dringender Verdacht, daß A das Rad selbst gestohlen hat. Seine Behauptung, daß er das Rad vom Dieb zur Veräußerung erhalten habe, läßt sich — so unglaubwürdig sie auch ist — nicht widerlegen. Die Art der Wegnahme selbst bleibt also für das Gericht völlig im Dunkeln, nur daß A sich irgendwie strafbar gemacht haben muß, steht fest. Eine eindeutige Überzeugung von der „Schuld" des

---

[62]) So auch Triepel, Festg. f. Kahl, S. 93; Goldschmidt, JW. 1924, S. 249 (Gesetzesdämmerung).

[63]) Dörr, S. 441.

[64]) So das RG. in RGStr. Bd. 62, S. 372 und auch Dahm, S. 5; vgl. oben S. 7.

[65]) Vgl. Rumpf, S. 66.

[66]) s. auch die zahlreichen Beispiele bei Rumpf und Zeiler.

Angeklagten im Sinne der Verwirklichung eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes kann das Gericht sich somit, streng genommen, hier gar nicht bilden, und da es nicht möglich ist, dem Angeklagten eine bestimmte Tat im Sinne des § 267 StPO. nachzuweisen, so müßte er von formalen Rechts wegen gemäß dem Satze: in dubio pro reo freigesprochen werden.

Daß dieses Ergebnis jedem Rechtsgefühl widerspräche, liegt auf der Hand. Dieser Erwägung tragen denn auch die Gerichte Rechnung, indem sie, um zu einer Verurteilung auf formal einwandfreiem Wege zu gelangen, entweder dem Angeklagten seine Angabe „zu seinen Gunsten" glauben, oder wenn dieser überhaupt leugnet, die unbestimmten tatsächlichen Feststellungen einfach künstlich bestimmt machen, so daß diese nun immerhin wenigstens auf den milderen gesetzlichen Tatbestand zutreffen.

Wenn das Gericht auf die Behauptung des Angeklagten eingeht und sie ihm glaubt, so ist das eine Denkform des Zivilprozesses, die in den Strafprozeß nicht hineingehört, denn im Strafprozeß herrscht nicht das Prinzip der formellen, sondern das der materiellen Wahrheit[67]). Hält das Gericht die Behauptung des Angeklagten nur für unwiderlegbar, so gibt es damit zu erkennen, daß es ihr gegenüber gar keine Stellung nimmt, ihre Wahrheit vielmehr auf sich beruhen läßt. Unterstellt es die Behauptung des Angeklagten als wahr und macht sie zur Grundlage seiner Entscheidung, so verstößt es gegen den Prozeßgrundsatz, daß die Tatsachen, aus denen die Schuld des Angeklagten folgen soll, der Überzeugung des Gerichts entsprechen müssen. Es trifft dann eine Wahrunterstellung nicht zugunsten, sondern zu ungunsten des Angeklagten. Dies ist aber unzulässig, denn der Angeklagte hat einen Anspruch darauf, daß ihm seine Schuld nachgewiesen wird[68]).

Wenn aber das Gericht die unbestimmten Feststellungen künstlich bestimmt macht, so ist damit dem Buchstaben des Gesetzes — § 267 StPO. — zwar Genüge getan und dem Interesse des Bürgers an der hinreichend bestimmten Feststellbarkeit seiner Tat formell auch. Denn es ist ja ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand festgestellt worden; nur ist, genau genommen, auch hier das Gericht gar nicht von der Schuld des Angeklagten überzeugt, sondern es hilft sich mit der Fiktion von der Schuld des Angeklagten, nur um überhaupt zu einer Verurteilung zu gelangen. Es macht eine zwar recht wahrscheinliche, aber doch gar nicht sicher erwiesene „Annahme" zur sicheren „Feststellung" und schiebt damit in denjenigen Teil des Verfahrens, der nur ermitteln soll: „wie es wirklich gewesen ist", bereits eine rechtlich wertende Betrachtung ein, die in das Stadium der Tatsachenfeststellung nicht hineingehört[69]). Da aber die ganze Entscheidung, ob man einen unzweifelhaft Strafwürdigen bestrafen kann oder nicht, von einer eindeutigen tatsächlichen Feststellung ab-

---

[67]) So mit Recht Rumpf, S. 97; Sontag JW. 1930, S. 897.

[68]) So RG. JW. 1923, S. 689[6] (mit Anm. Alsberg); ferner Alsberg, Wahrunterstellung, JW. 1929, S. 977 ff.; a. A. RG. JW. 1927, S. 2710[34]; dagegen mit Recht in der Anmerkung: Alsberg; vgl. auch Graf zu Dohna, Strafprozeßrecht, S. 172; JW. 1929, S. 1445.

[69]) So Rumpf, S. 24, 58, 98.

hängt, so wird diese ohne Rücksicht auf die materielle Wahrheit durch eine Umfärbung des Sachverhalts herbeigeführt.

Daß eine solche Handhabung der „bestimmten" Feststellung dem Schutzinteresse des Angeklagten besser dient, als eine wahldeutige Tatsachenfeststellung, bei der das Gericht offen zugibt, daß es den Sachverhalt nicht weiter aufklären kann und daher auf Grund der milderen Bestimmung verurteilt, ist nicht einzusehen. Im Gegenteil bedeutet sie sogar eine recht erhebliche Gefahr für die Wahrhaftigkeit und Aufrichtigkeit der richterlichen Überzeugung, indem der Richter sich — unbewußt — daran gewöhnt, „Tatsachen" als bestimmt festzustellen, obwohl nur Vermutungen und Möglichkeiten die Grundlage seiner Schuldfeststellung bilden [70]). Daß diese „kraftvollere" Rechtsprechung in zweifelhaften Fällen unserer Art durchaus die Freisprechungen überwiegt und vom RG. selbst — um des Bedürfnisses der Rechtspflege willen — gefördert wird, sollen einige Beispiele zeigen, in denen die Schuld des Angeklagten klar erwiesen ist, aber ein Zweifel über die Schuldart obwaltet.

Sieht man mit der herrschenden Lehre die Schuldarten nicht als im Verhältnis von Plus und Minus, sondern als in dem der Ausschließung zueinander stehend an [71]), so kann man bei einem Zweifel, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, ohne die Zulässigkeit einer alternativen Feststellung nicht wegen Fahrlässigkeit als des milderen Gesetzes verurteilen. Denn es ist ja nicht so, daß, wenn Verschulden vorliegt, aber Vorsatz nicht mit Sicherheit bejaht werden kann, Fahrlässigkeit immer noch übrig bleibt [72]); zur Feststellung der Fahrlässigkeit ist vielmehr noch erforderlich, daß der Täter sich die Verwirklichung des strafbaren Tatbestandes nicht vorgestellt hat, und das letztere kann man wieder nur dann sagen, wenn jeder Zweifel nach der Richtung hin, daß der Täter sich den Erfolg vorgestellt hat, ausscheidet.

Dennoch kommt das RG., obwohl es grundsätzlich im Punkte der Ausschließung auf dem Boden der herrschenden Lehre steht [73]), praktisch zu einer Verurteilung wegen Fahrlässigkeit als des milderen Gesetzes, so z. B. in einer Entscheidung wegen fahrlässigen Falscheides als des milderen Gesetzes gegenüber Meineid [74]): Die Strafkammer war nicht auf die Frage der Fahrlässigkeit eingegangen, weil die Möglichkeit bestand, daß der Angeklagte in Kenntnis von der Unrichtigkeit seiner Aussage, also vorsätzlich gehandelt habe. Das RG. bemängelte dies. Allerdings erscheine es mit der Schuldform der Fahrlässigkeit unvereinbar, daß der Schwörende Kenntnis von der Unrichtigkeit der beschworenen Tatsachen habe. Sei aber der Nachweis einer solchen Kenntnis nicht er-

---

[70]) Vgl. dagegen auch das KG. in JW. 1931, S. 234[18] und RG. in JW. 1900, S. 206[2].

[71]) Was sich regelmäßig aus der Formulierung des Vorsatzes als Voraussicht und der Fahrlässigkeit als Nichtvoraussicht, aber pflichtmäßige Voraussehbarkeit des Erfolges ergibt: So Frank zu § 59 VIII und die bei v. Olshausen zu § 59, Note 16, 17 zit. Rechtsprechung und Literatur; abweichend u. a. v. Olshausen selbst Note 17.

[72]) So auch Frank Kommentar zu § 59 VIII.

[73]) Vgl. die bei v. Olshausen a. a. O. zit. Entscheidungen.

[74]) RGStr. Bd. 41, S. 389.

bracht, so stehe nichts im Wege zu prüfen, ob die etwaige Unkenntnis des Schwörenden, die dann „zu seinen Gunsten" anzunehmen sei, auf Fahrlässigkeit beruhe. Es seien dabei bloß die Beweggründe für die vorsätzliche Begehung, soweit diese unvereinbar mit der Annahme der Fahrlässigkeit sein sollten, was durchaus nicht immer und notwendig der Fall sei, aus dem Gedankengange auszuschalten.

Man sieht den inneren Widerspruch in diesen Ausführungen; das RG. möchte das Ausschließungsverhältnis zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit an sich aufrecht erhalten, und kommt doch schließlich dazu, es hier fallen zu lassen, „um seiner Aufgabe gerecht zu werden, das Strafgesetz wirksam gegen schuldhafte Verletzungen jeder Art zur Geltung zu bringen und gleichzeitig dem Schuldigen nicht Unrecht zu tun." [75])

In einer anderen Entscheidung führt das RG. in gleichem Sinne aus [76]): Das angefochtene Urteil habe festgestellt, daß die Angeklagte „logischerweise" nicht wegen fahrlässiger Kindestötung zur Verantwortung gezogen werden könne, da noch erhebliche Verdachtsmomente für vorsätzliche Tötung sprächen. Dies sei rechtsirrig. Wenn die Frage nach Kindesmord nicht mit der erforderlichen Stimmenmehrheit bejaht, sondern verneint wurde, so sei trotz erheblicher Verdachtsmomente für Kindesmord das Schwurgericht nicht gehindert gewesen, die Tat der Angeklagten unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen.

Es ist Alsberg voll zuzustimmen, wenn er sagt [77]), es sei eine schwere Aufgabe für diejenigen Richter, die zuerst für Vorsatz, d. h. dafür gestimmt hätten, daß die Angeklagte sich den Tod vorgestellt und ihn gewollt habe, sich nunmehr des weiteren auf den entgegengesetzten Standpunkt, daß sie sich den Tod nicht vorgestellt habe, umzustellen. Hier tritt der Fall ein, den wir schon oben (S. 20) erwähnten, daß die „Feststellung" des milderen Deliktes durch den Richter an einer inneren Unwahrheit leidet, daß der Richter zu einer Fiktion greifen muß, die er innerlich ablehnt; und im praktischen Ergebnis führt diese Behandlung der beiden Schuldformen das RG. dazu, die Fahrlässigkeit für die Schuldfeststellung im Urteil als ein Minus gegenüber dem Vorsatz anzusehen, nur um dem unerwünschten Ergebnis einer weiteren Zulassung alternativer Feststellungen zu entgehen. Das Bedürfnis und das Bestreben, in derartig zweifelhaften Fällen zu einer Verurteilung des Angeklagten wenigstens auf Grund des milderen Gesetzes zu gelangen- sind beim RG. vorhanden; nur um der formalen Bedenken aus § 267 StPO. willen — daß der Angeklagte nicht hinreichend geschützt wäre hinsichtlich der bestimmten Feststellung seiner Tat — kann das RG. sich nicht dazu entschließen, den Boden der von ihm bisher vertretenen engeren Auslegung des § 267 StPO. zu verlassen. Ja, man kann sagen, daß es in neuester Zeit angreifbare Mittel benutzt, um den praktischen Bedürfnissen der Rechtspflege gerecht zu werden, ohne seinen alten Standpunkt von der Notwendigkeit einer engeren Auslegung des § 267 aufgeben zu müssen.

Besonders lehrreich ist in dieser Hinsicht eine jüngere Entschei-

---

[75]) RG. a. a. O.
[76]) RGStr. Bd. 59, S. 83, abgedr. JW. 1925, S. 2138[2].
[77]) in der Anm. zu JW. 1925, S. 2138[2].

dung [78]): Die Vorinstanz hegte hier zwar den dringenden Verdacht einer Amtsunterschlagung des Angeklagten, konnte sich aber zu einer Verurteilung nicht entschließen, weil die Möglichkeit nicht ausgeschlossen sei, die Geldbeträge könnten ohne eine Unterschlagung des Angeklagten abhanden gekommen sein und daher nur ein Betrug oder Betrugsversuch des letzteren in Frage kommen. Dies gab dem RG. Anlaß zu erklären, daß die Strafkammer rechtsirrig zu hohe Anforderungen an die Gewinnung einer zur Verurteilung ausreichenden richterlichen Überzeugung gestellt habe. Ein absolut sicheres Wissen — dem gegenüber das Vorliegen eines gegenteiligen Tatbestandes „absolut ausgeschlossen" wäre, sei der menschlichen Erkenntnis bei ihrer Unvollkommenheit überhaupt verschlossen. Der Richter müsse sich mit einem so hohen Grade von Wahrscheinlichkeit begnügen, wie er bei möglichst erschöpfender und gewissenhafter Anwendung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis entstehe. Ein solcher Grad von Wahrscheinlichkeit gelte als Wahrheit, und das Bewußtsein des Erkennenden von dem Vorliegen einer so ermittelten hohen Wahrscheinlichkeit als Überzeugung von der Wahrheit.

In dieser Entscheidung bekennt sich das RG. offen und ohne Umschweife zu der unerfreulichen Behandlung, wie sie bisher zweifelhaften Fällen unserer Art durch die Praxis zuteil geworden ist: Ein bestimmter strafbarer Tatbestand wird festgestellt, auch wenn nach dem Sachverhalt berechtigte Zweifel offen bleiben, ob nicht doch ein anderer anzunehmen wäre, also ohne daß der Richter eindeutig von seinem Vorliegen überzeugt ist [79]).

Wenn man die Anforderungen an das Maß der Gewißheit der festgestellten Begehung in einem Falle herabsetzen will, in dem so und so ein strafbarer Tatbestand verwirklicht ist, so kann man das generell — gerade im Hinblick auf den Angeklagten — gefahrloser tun, indem man den § 267 StPO. weiter auslegt und eine alternative Feststellung der mehreren Tatbestände zuläßt, als indem man generell sagt, der Richter habe sich mit einer Schuldfeststellung zu begnügen, von deren Wahrscheinlichkeit, nicht von deren Wahrheit er überzeugt sei [80]). Es ist richtig, daß die Mittel der menschlichen Erkenntnis nur dazu ausreichen, das Vorliegen einer historischen Begebenheit als im höchsten Maße wahrscheinlich zu erweisen, daß sie jedoch völlige Gewißheit nicht zu erbringen vermögen [81]).

Aber das bedeutet doch noch nicht, daß der Richter bereits dann eine Tatsache eindeutig feststellen darf, wenn er lediglich von ihrer Wahrscheinlichkeit überzeugt ist [82]). Ist er lediglich von ihrer Wahr-

---

[78]) RGStr. Bd. 61, S. 202 ff.
[79]) Vgl. dazu auch die oben S. 21 zit. Urteile des KG. und des RG.
[80]) So auch Alsberg, Anm. zu JW. 1929, S. 862[21].
[81]) Vgl. von Scanzoni in JW. 1928, S. 2181 und Ehrenzweig JW. 1929, S. 25 in ihrer Entgegnung auf die Ausführungen des RG. in EStr. Bd. 61, S. 202 ff.
[82]) U. U. käme der Richter dann zu einer Schuldfeststellung auf Grund eines zu geringen Maßes von Wahrscheinlichkeit; vgl. dazu RG. in JW. 1931, S. 1816 mit Anm. Alsberg.

scheinlichkeit überzeugt, nicht von ihrer Wahrheit, dann ist nur glaubhaft gemacht (im Sinne der ZPO.) und noch nicht bewiesen. Die Überzeugung von der Wahrheit bedeutet daher gegenüber der von der Wahrscheinlichkeit noch ein Mehr: die uneingeschränkte, vorbehaltlose innere Bejahung des gefundenen Ergebnisses durch den Richter [83]). Und ob die den Angeklagten belastenden Tatsachen für ihn subjektiv völlig ausreichen, um zu einer Verurteilung zu gelangen, kann nur der Tatrichter selbst entscheiden. Hält er sie für nicht ausreichend, weil er Zweifel in der einen oder andern Richtung hat, so kann ihm der Revisionsrichter nicht vorschreiben, diese Zweifel im Einzelfall zu unterdrücken, da sie unbegründet seien. Dies wäre ein Eingriff in die freie Beweiswürdigung des Tatrichters, die dem Revisionsrichter nicht zusteht (§ 261 StPO.).

Der Versuch des RG., mildere Voraussetzungen hinsichtlich der Überzeugung des Richters von der Bestimmtheit der Tat walten zu lassen und dadurch die fehlende unbeschränkte Möglichkeit alternativer Feststellungen zu ersetzen, erscheint demnach bedenklich in zweierlei Richtung:

1. weil er auf einer Überschätzung der formalen Sicherungen beruht, die für den Angeklagten die Feststellung einer bestimmten Tat im Sinne des § 267 StPO. bedeutet,

2. auf einer Unterschätzung des Wertes eines freien selbständigen Tatrichters für eine zuverlässige Aufklärung des Sachverhalts.

Es ist gewiß richtig, daß eine alternative Feststellung regelmäßig ein Anzeichen einer nur eingeschränkt möglichen Aufklärung des Sachverhalts ist, und daß daher, da jede alternative Feststellung in gewissem Sinne unbestimmt ist, auch leichter einmal eine Abweichung dieser unbestimmten Feststellung vom wirklichen Sachverhalt vorkommen kann, als bei einer Feststellung, die bestimmt getroffen werden kann. Aber auf der andern Seite werden sich unter den heutigen tatsächlichen Feststellungen der Gerichte viele finden, die dem eng ausgelegten § 267 StPO. zwar vollkommen entsprechen und doch unbestimmter sind als manche alternative Feststellung. Man braucht gar nicht an die künstlich zurechtgemachte Feststellung zu denken, sondern nur die Fälle zu nehmen, in denen trotz gewisser Unbestimmtheit des Orts und der Zeit der Tat eine Verurteilung des Angeklagten erfolgt [84]). Die Allgemeinheit und Unbestimmtheit der Feststellung in dieser Hinsicht kann hier sehr wohl auch eine Unsicherheit über die Tat und ihre Merkmale in sich schließen. Mag eine alternative Feststellung auch unbestimmter und unsicherer sein, so wird man doch darin keine Gefahr für den Angeklagten sehen, wenn man dem Tatrichter vertraut, daß er trotz einzelner Lücken des Tatbildes nur dann zu einer Verurteilung gelangt, wenn er nach gewissenhafter Prüfung sich von der Schuld des Angeklagten überzeugt hat.

Die engere oder weitere Auslegung des § 267 StPO. und damit die eingeschränkte oder uneingeschränkte Zulassung alternativer Feststellungen gewinnt somit letzten Endes die Bedeutung einer Vertrauensfrage gegenüber dem Tatrichter. Schenkt man dem Richter kein Vertrauen, dann kann man allerdings sagen, die unbeschränkte Zulassung

[83]) So richtig Alsberg, Anm. zu JW. 1930, S. 761.
[84]) Vgl. die oben S. 16 zit. Entscheidungen.

alternativer Feststellungen werde den Richter leichter geneigt machen, bereits auf Grund eines nur unbestimmten Tatbildes zu verurteilen, als den Sachverhalt bis in alle Einzelheiten zu klären [85]).

Aber in dieser Hinsicht bietet — wie wir oben gesehen haben — auch die heutige Sachbehandlung für eine zuverlässige Ermittlung des Sachverhalts keine Gewähr [86]). Wenn der Richter sich aus Bequemlichkeit mit der ungenauen Feststellung begnügen will, so kann er das heute auch tun, indem er einfach das Minus „feststellt". Der Umstand, daß das Gesetz (§ 261 StPO.) den Richter bei der Tatsachenfeststellung nicht auf formale Beweisregeln, sondern auf seine persönliche Überzeugung verwiesen hat, spricht doch eher dafür, daß es im Prinzip nicht von einem bequemen und unselbständigen, sondern von einem zuverlässigen und selbständigen Richtertum ausgeht.

Und auch die Erwägung, daß bei einer alternativen Feststellung die Ermittlung der Wahrheit in den Hintergrund trete [87]), trifft nach allem, was oben erwähnt wurde, nicht zu. Bei der alternativen Feststellung gibt der Richter eben nur offen zu, daß alle seine Bemühungen, den Sachverhalt völlig zu klären, nur dieses unvollständige Ergebnis gehabt haben. Das schadet auch dem Angeklagten sicherlich nicht mehr, als wenn das Gericht den Tatbestand „ordentlicher" und zweifelsfreier macht, als es dem wirklichen Tatbilde entspricht.

Kommt man also auf der einen Seite mit einer erweiterten Zulassung alternativer Feststellungen einem dringenden praktischen Bedürfnis nach, so stehen ihr auch insofern keine Bedenken entgegen, als eine Gefährdung des Angeklagten gegenüber der bisher geübten, formal dem § 267 StPO. entsprechenden Sachbehandlung auch nicht eintritt.

C. Spricht so einerseits das positive Recht nicht gegen die Zulassung alternativer Feststellungen im weiteren Umfange und sprechen andrerseits sachliche Gründe in erheblichem Maße dafür, so sind doch noch einige praktische Bedenken gegen die unbegrenzte Zulassung alternativer Feststellungen zu erörtern.

a) Einmal kann man sagen, daß eine alternative Feststellung verschiedener strafbarer Tatbestände eine Straffestsetzung im Urteil unmöglich machen würde [88]). Dieses Argument ist jedoch bei näherer Betrachtung nicht stichhaltig. Vielmehr erscheint es durchaus gerechtfertigt, bei alternativer Verurteilung die Strafe dem milderen der in Frage kommenden Strafgesetze zu entnehmen. Der Satz: in dubio pro reo läßt zwar eine solche Folgerung nicht zu [89]); denn er bildet heute gewohnheitsrechtlich den Ausdruck dafür, daß dem Angeklagten seine Schuld vom Staatsanwalt eindeutig nachgewiesen werden muß, und daß bei Fehlen einer Überzeugung des Gerichts von der Schuld des Angeklagten freizusprechen ist. Dies hindert jedoch nicht, auch heute den Satz: in rebus criminalibus dubiis sententia mitior zur Anwendung zu bringen,

[85]) So Sieskind, DJZ. 1913, S. 1261 ff.
[86]) So richtig Zeiler, DRZ. 1914, S. 571/572.
[87]) Sieskind a. a. O.
[88]) So Feisenberger, Recht 1913, S. 547. Dagegen Zeiler ZStRW. Bd. 40, S. 180.

nach dem beim Zweifel hinsichtlich der Art der vom Angeklagten begangenen Verfehlung die mildere Strafnorm anzuwenden ist[90]); denn beide Sätze sind nur Formen eines gemeinsamen Prinzips, das den Schutz des Angeklagten bezweckt.

Ebensowenig begegnet die Fassung des Urteilssatzes irgendwelchen Schwierigkeiten. Wenn auch der Urteilssatz eindeutig die Rechtsfolge der Strafe angeben muß, um eine Vollstreckung von bestimmter Art und bestimmtem Umfang zu ermöglichen, so schließt dies doch nicht aus, daß, wenn im Einzelfall Zweifel hinsichtlich des Tatbestandes und der Art der begangenen Verfehlung obwalten, diese Zweifel auch im Urteilssatz zum Ausdruck gebracht werden.

Gewiß ist es dem Charakter der Urteilsformel als desjenigen Teils des Urteils, der sich als Rechts- und Machtanspruch der souveränen Staatsgewalt zeigt, angemessener, wenn sie knapp und scharf bestimmt gehalten ist[91]). Dies hindert doch aber nicht, im Einzelfall, wenn gewisse Zweifel hinsichtlich des anzuwendenden Tatbestandes bestehen, auch einmal von der wirksameren knappen Form abzuweichen[92]). Die Urteilsformel: „A ist schuldig eines Vergehens, das entweder Diebstahl oder Hehlerei ist, und wird hierwegen . . ." ist einer einseitigen Angabe der leichten Tat als strafbarer Handlung, wegen deren verurteilt wird, vorzuziehen. Denn wenn man im letzteren Falle die Tatbestandszweifel lediglich in die Gründe verweist, besteht die Gefahr, daß es sich bei der leichten Tat um ein im Rückfall mit schwerer Strafe bedrohtes Delikt handelt, und die Verurteilung daher in einem späteren Falle rückfallbegründend wirkt, weil man es bei der Prüfung des Rückfalls unterlassen hat, die Gründe des früheren Urteils zu lesen.

b) Daß eine alternative Feststellung im Strafurteil eine spätere Verurteilung wegen Rückfalls in der Regel hindert[93]) und dadurch dem Staat die Möglichkeit entzieht, im Wiederholungsfalle eine härtere Strafe gegen den Täter zu verhängen, spricht auch nicht ausschlaggebend gegen ihre erweiterte Zulassung. Denn nach der Auffassung der Gegner einer weiteren Zulassung müßte ja in einem Falle, in dem Zweifel hinsichtlich der Schuld des Angeklagten vorhanden sind, überhaupt Freisprechung erfolgen, und dann käme eine Möglichkeit, wegen Rückfalls zu bestrafen, schon aus diesem Grunde nicht in Frage. Daß die heutige Sachbehandlung meist auf dem Wege über eine künstlich eindeutig gemachte Schuldfeststellung in einem solchen Falle eine spätere Verurteilung wegen Rückfalls ermöglicht, vermag wegen der anderweiten Bedenken, die gegen sie sprechen, nicht entscheidend ins Gewicht zu fallen.

c) Fraglich könnte ferner sein, ob nicht die Zuständigkeitsbestimmungen eine Begrenzung der Zulässigkeit alternativer Feststellungen da-

---

[89]) a. A. Zeiler DRZ. 1914, S. 569/70; s. oben S. 8.
[90]) Siehe oben S. 9; Rubo sagt nicht, woher der Satz stammt.
[91]) Rumpf, S. 137.
[92]) So Zeiler, S. 574/75.
[93]) Vgl. Rumpf, S. 181/82; Zeiler DRZ. S. 570 Anm. 1, S. 574; In der Regel insofern, als z. B. § 244 StGB. Diebstahl und Hehlerei als Vorstrafen zuläßt und § 261 StGB. nur Hehlerei.

hin erheischen, daß nur solche strafbare Handlungen alternativ festgestellt werden können, deren Beurteilung zur Zuständigkeit desselben Gerichts gehört [94]). Diese Erwägung erscheint in der Tat nicht unbeachtlich. Denn wenn auch das Gericht niederer Ordnung den schwereren Tatbestand nicht eindeutig, sondern nur alternativ feststellt, so nimmt es doch die rechtliche Würdigung der Tat unter dem schwereren Gesichtspunkt vor, die an sich dem höheren Gericht vorbehalten ist. Man kann diese Bedenken wohl nur dadurch zerstreuen, daß man sagt: Im praktischen Ergebnis läuft die alternative Feststellung doch nur auf eine Berücksichtigung des milderen Tatbestandes hinaus. Die Strafe ist auch nicht höher, als wenn eine eindeutige Feststellung des milderen Tatbestandes erfolgt wäre. Es ist daher nicht einzusehen, warum man die Fälle der alternativen Feststellung anders behandeln soll, als die Fälle, in denen der das Urteil bestimmende mildere Tatbestand eindeutig festgestellt wird [95]).

d) Ferner wäre zu erwägen, ob nicht wenigstens einer alternativen Feststellung voneinander abweichender gesetzlicher Tatbestände insoweit eine Grenze zu ziehen ist, als man sie auf die einzelnen Verbrechenskategorien des materiellen Strafrechts unter sich beschränkt [96]). Man könnte dafür anführen, daß die Strafrahmen, die der Gesetzgeber den einzelnen Verbrechenskategorien gebe, eben doch auch eine allgemeingültige Bewertung der Schwere der strafbaren Betätigung des Verbrechers enthielten, von der ohne rechtlichen Grund nicht abgewichen werden könne. Wenn z. B. nicht festgestellt werden könne, ob der Angeklagte eine gefährliche Körperverletzung verübt oder 7 Monate später der Wahrheit zuwider auf sich genommen und damit einen Meineid begangen habe, so würde die alternative Verurteilung dazu führen, daß der Meineid im Ergebnis wie die Körperverletzung mit einer Geldstrafe geahndet werden könne.

Bei einem solchen Gedankengang würde jedoch übersehen, daß in einem derartigen Falle ohne Zulassung einer alternativen Feststellung an sich überhaupt nicht verurteilt werden kann, sondern freigesprochen werden muß, der Angeklagte also überhaupt nicht bestraft wird. Es ist nicht so, daß der Meineid hier in Wahrheit mit einer Geldstrafe gesühnt wird; ein Meineid ist ja gerade nicht eindeutig festgestellt, sondern nur wahlweise neben einer Körperverletzung. Eine Bestrafung des „Meineids" mit einer Geldstrafe findet daher nicht statt, sondern nur eine solche der Möglichkeiten: „Meineid oder Körperverletzung".

Auch erscheint eine Begrenzung der alternativen Feststellung auf solche Delikte, die der gleichen Verbrechenskategorie angehören, nicht unbedingt rechtlich geboten; denn die Dreiteilung der strafbaren Handlungen im materiellen Strafrecht stellt nach heutiger Anschauung — die dem Umstande Rechnung trägt, daß sich die allgemeinen Kulturanschauungen hinsichtlich der Strafwürdigkeit eines menschlichen Verhaltens oft

---

[94]) So Löwe zu § 267 StPO. Anm. 4 b; s. oben S. 10; Zeiler, DRZ. 1914, S. 572/73.
[95]) So auch Zeiler a. a. O.
[96]) Vgl. Lücking, GA. Bd. 71, S. 162; s. oben S. 10.

schon im Laufe von wenigen Jahren zu ändern pflegen — nicht mehr eine bindende unterschiedliche Bewertung der Strafwürdigkeit des Täters dar, sondern dient nur noch der Vereinfachung der gesetzlichen Darstellung [97]).

Und sodann entspricht es sicher nicht dem Bedürfnis der Rechtspflege, so manche strafbare Handlung lediglich um deswillen ungesühnt zu lassen, weil sie unter dem einen rechtlichen Gesichtspunkt wesentlich schwerer als unter dem anderen zu beurteilen ist, und nur nicht feststeht, welcher rechtliche Gesichtspunkt eigentlich zutrifft. Da ist es doch vorzuziehen, eine mildere Strafe auf Grund alternativer Feststellung eintreten zu lassen, als überhaupt keine. Damit ist dem Bedenken abgeholfen, daß Typen einer schwereren Deliktskategorie bei Verurteilung im Wege alternativer Feststellung mit zu leichten Strafen bedacht würden. Lediglich dann wird man eine wahlweise Verurteilung für nicht statthaft halten können, wenn unter einem der mehreren rechtlichen Gesichtspunkte die Tat bereits verjährt oder ein Strafantrag erforderlich ist, der nicht vorliegt, da hier die notwendigen Voraussetzungen einer Verfolgung bei der einen Alternative überhaupt fehlen [98]).

e) Endlich erscheint auch die Beschränkung alternativer Feststellungen auf gleichartige Delikte, die gegen dasselbe Rechtsgut verstoßen [99]), nicht rechtlich geboten; das Problem der alternativen Feststellungen beruht nicht auf dem materiellen, sondern auf dem formellen Strafrecht (§ 267 StPO.). Dieses letztere aber macht keine Unterschiede hinsichtlich der Art der schuldhaften Verletzung des Strafgesetzes, sondern bezweckt nur eine möglichst umfassende Durchsetzung der Strafrechtsordnung schlechthin gegen jeden zuverlässig Strafwürdigen.

f) Stehen somit praktische Bedenken von erheblicher Bedeutung einer uneingeschränkten Zulassung alternativer Feststellungen nicht entgegen, so bleibt nur noch zu erörtern, ob eine alternative Feststellung auch dann zuzulassen ist, wenn ein Zweifel nicht nur hinsichtlich des anzuwendenden Tatbestandes, sondern auch hinsichtlich des unterzuordnenden Sachverhalts besteht. In dem Falle, in dem zweifelhaft ist, ob der Angeklagte eine gefährliche Körperverletzung oder einen Meineid begangen hat, liegt es nahe, eine alternative Feststellung deshalb abzulehnen, weil die vor Monaten erfolgte Körperverletzung und der spätere Meineid kein einheitliches tatsächliches Geschehnis, sondern mehrere historische Ereignisse darstellen, und somit dem § 267 StPO. nicht Genüge geschieht, der auch bei weiterer Auslegung doch immerhin eine „einheitliche Tat", einen bestimmten historischen Vorgang voraussetzt [100]).

Dieser Erwägung läßt sich folgendes entgegenhalten: Ein tatsächlicher Vorgang der Außenwelt ist im Sinne des Prozeßrechts nicht nur dann einheitlich, wenn Ort und Zeit der Begehung der Tat äußerlich vollkommen zusammenfallen, sondern auch dann, wenn er verbunden ist durch den Prozeßzweck, nämlich dadurch, daß er den Gegenstand einer

---

[97]) Vgl. Ebermayer zu § 1 Anm. 2 und das dort zit. Schrifttum.
[98]) So auch Zeiler, S. 572; Ostern, S. 35.
[99]) Vgl. Löwe zu § 267 Anm. 4 b; s. oben S. 10.
[100]) So Rumpf, S. 218.

einzigen bestimmten Aburteilung bildet. Diese Auffassung ist deshalb geboten, weil es vom Standpunkt des Prozeßrechts aus nicht möglich ist zu sagen, wann noch ein einheitliches historisches Vorkommnis und wann schon mehrere historische Ereignisse vorliegen. Die Grenze zwischen den einzelnen Graden des Zweifels ist flüssig, so daß man nicht stets mit Sicherheit sagen kann, ob bloße Modalitäten der Begehung einer Tat oder zwei selbständige historische Ereignisse vorliegen. Läßt man eine alternative Feststellung in einem Falle zu, in dem der Anstifter entweder dem Täter im Januar brieflich ein Geschenk versprochen hat oder ihn im Mai persönlich bedroht hat, und nimmt man hier eine einheitliche Handlung an [101]), obwohl das Strafmaß im einen oder anderen Falle ganz verschieden sein kann, so kann man das genannte Beispiel nicht gut anders behandeln. Auch hier ist letzten Endes ein innerer Zusammenhang vorhanden zwischen der tatsächlich geschehenen Körperverletzung und ihrer fälschlich geschehenen Angabe unter Eid. Wenn man überhaupt eine alternative Feststellung von Tatsachen zulassen will, dann muß man dies auch in den Fällen eines Zweifels über wesentliche Tatsachen tun, die sich von der auch heute schon zulässigen alternativen Feststellung nicht prinzipiell, sondern nur dem Grade nach unterscheiden. Ein Angeklagter, der sich schuldig weiß, würde seine Freisprechung in einem solchen Falle selbst nicht begreifen.

§ 4. Das Ergebnis unserer Untersuchung läßt sich somit dahin zusammenfassen:

Alternative Feststellungen im Strafprozeß sind unbeschränkt zulässig,

1. weil die Frage im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist und § 267 StPO. bei einer völlig gesetzesmäßigen, allerdings auch alle sprachlichen Möglichkeiten voll ausnutzenden weiteren Auslegung — die nichts mit Analogie zu tun hat — ihre Zulassung nicht hindert und die engere Auslegung des RG. zur Bildung eines Gewohnheitsrechts nicht geführt hat,

2. weil sachliche Gründe, das Interesse des Staates an einer möglichst energischen Durchsetzung der Rechtsordnung gegen jeden zuverlässig Strafwürdigen und die Möglichkeit einer freieren Anwendung des Gesetzes durch den Strafrichter dafür sprechen, ohne daß das Interesse des Angeklagten entscheidend dagegen spricht,

3. weil die unbeschränkte Zulassung alternativer Feststellungen auch praktisch keinen nennenswerten Schwierigkeiten begegnet und eine Einschränkung weder rechtlich geboten noch aus sachlichen Gründen ratsam erscheint.

---

[101]) Vgl. v. Olshausen zu § 48 Note 9; RG. Rspr. Bd. 3, S. 93; Entsch. Str. Bd. 15, S. 304; Bd. 59, S. 240.

Literaturverzeichnis.

Alsberg, Die Wahrunterstellung im Strafprozeß, JW. 1929, S. 977.

von Bar, Recht und Beweis im Geschworenengericht, 1865.

— Zur Lehre von den alternativen Fragen, Goltdammers Archiv (GA.) Bd. 15, S. 567 f.

Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, 1928.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 2. Aufl. 1900.

Bovensiepen, Besprechung der Aufsätze von Rumpf (Der Strafrichter) in Deutsche Richter-Zeitung (DRZ.) Jahrg. 5, S. 814.

Dahm, Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht, Antrittsvorlesung 1931.

Dörr, Begriff und Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit (Rhein. Zeitschr. f. Zivilprozeßrecht, Jahrg. 3, S. 440 ff.).

Dohna, Graf zu, Das Strafprozeßrecht. 3. Aufl. 1929.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929.

Ehrenzweig, Die freie Überzeugung des Richters, JW. 1929, S. 85.

Feisenberger, Strafprozeßordnung 1926.

— Besprechung von Rumpfs Strafrichter, Recht 1913, S. 747.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.

Gerland, Der deutsche Strafprozeß, 1927.

— in Nipperdey, die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum zweiten Teil der RV., Bd. 1, 1929.

Goldschmidt, James, Gesetzesdämmerung, JW. 1924, S. 245 ff.

Hahn, Materialien zur Strafprozeßordnung. Bd. III Abt. 1, S. 223.

Honig, Straflose Vor- und Nachtat, 1927.

v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892.

Kroschel, Abfassung der Urteile in Strafsachen, 10. Aufl. 1930.

Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1929.

Lücking, Alternative Anklage und Verurteilung, Ga. (1926) Bd. 71, S. 162.

Lucas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Neuaufl. besorgt von E. Dürr. 1931.

Mannheim, Zur wahldeutigen Tatsachenfeststellung, Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft (ZStRW.) Bd. 44, S. 440.

Meyer, Hugo, Die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten, in Holtzendorffs Handbuch des Strafprozeßrechts, Bd. 2, 1879.

Oetker, Das Verfahren vor den Schwur- und Schöffengerichten, in Glasers Handbuch des Strafprozesses, Bd. 3, 1907.

von Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1 und 2, 11. Aufl. 1927.

Ostern, Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen, Heft 44 der Strafrechtlichen Abhandlungen, 1902.

Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, 4/5. Aufl. 1912.

Rubo, Über Beantwortung alternativer Fragen, GA. (1866) Bd. 14 S. 377 ff.

Rumpf, in Der Strafrichter, Bd. II Heft 2 (Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft), 1913.

von Scanzoni, „Darf der Strafrichter trotz Zweifel schuldig sprechen? Der Fall Mauritius und das RG." JW. 1928, S. 2181.

Schmitt, Carl, Der Hüter der Verfassung, Archiv für öffentliches Recht. Bd. 16 (1929) S. 161 ff.

Sieskind, Alternative Feststellung in Strafurteilen und die Wahrheit im Prozesse, DJZ. 1913, S. 1261 ff.

Sontag, Krypto-deliktische Urteile, JW. 1930, S. 897.

Stenglein, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1887.

von Tippelskirch, Über alternative Fragen und tatsächliche Feststellungen im Strafverfahren, GA. Bd. 15, S. 449 ff., S. 505 ff.

Tosetti, Der Begriff der „strafbaren Handlung" nach geltendem Reichsrecht, Gerichtssaal Bd. 79, S. 90.

Triepel, Festgabe der Jur. Fakultät für W. Kahl, 1923, S. 93.

Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. 1893.

Wagen, Verurteilung auf Grund alternativ festgestellter Tatbestände, GA. (1896) Bd. 44, S. 127.

Wertheimer, Die Mischgesetze des deutschen Strafgesetzbuchs, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 47, 1903.

Zeiler, Die alternative Tatsachenfeststellung durch den Strafrichter, DRZ. 1914 S. 521 ff., 569 ff.

— Die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung, ZStRW. Bd. 40, S. 168; Bd. 42, S. 665; Bd. 43, S. 596.

— Mut der tatsächlichen Feststellung? JW. 1930, S. 2522.

— Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 48, S. 509 ff. (Die wahldeutige Behauptung und Feststellung von Tatsachen im bürgerlichen Rechtsstreite).

Lebenslauf.

Am 5. April 1908 wurde ich, Manfred von Wickede, als Sohn des damaligen Oberleutnants und Regimentsadjudanten im 26. preuß. Inf.-Regt., Hans Maurus von Wickede und seiner Ehefrau Olga, geb. Arent, in Magdeburg geboren.

Nach Absolvierung der Vorschule besuchte ich das Friedrichs-Werdersche Gymnasium in Berlin und bestand dort Ostern 1926 das Abiturientenexamen.

Darauf studierte ich nach einem halbjährigen Aufenthalt in England drei Semester in Tübingen, ein Semester in München und sechs Semester in Berlin Rechts- und Staatswissenschaften.

Am 30. November 1931 bestand ich am Kammergericht die erste juristische Staatsprüfung und wurde am 28. Dezember 1931 zum Referendar ernannt.

Meine Referendarausbildung genoß ich im Bezirk des Landgerichts III Berlin.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich vor der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen am 1. Juli 1932.